جواهر الكلام

((في شرح شرائع الإسلام))

تأليف

شيخ الفقهاء وإمام المحققين الشيخ محمد حسن النجفي

المتوفى سنة ١٢٦٦

الجزء الرابع والعشرون

قوبل بالنسخة المصححة التي قوبلت بنسخة الأصل المخطوطة

المصححة بقلم المصنف طاب ثراه

حققه و علق عليه

الشيخ علي الآخوندي

طبع على نفقة

دار إحياء التراث العربي

بيروت ـ لبنان ١٩٨١

الطبعة السابعة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين

﴿الثالث﴾ من الامور التي يتوقف بيان الربا في البيع عليها ﴿الصرف، وهو﴾ لغة الصوت و شرعا أو متشرعية ﴿ بيع الاثمان ﴾ أي الذهب والفضة مسكوكين أولا ﴿بالاثمان﴾ لاغيره من النواقل بلاخلاف أجده ، للاصل وغيره . نعم قد يظهر من بعض النصوص حصوله بقصد مطلق المبادلة والمعاوضة، ويمكن ارادة ماكان المقصود منها البيع أو يدعى تنزيلها عليه مالم يقصد العدم .

وعلى كل حال فسمي بيعها صرفاً لمناسبة اشتمالها على الصوت عند تقليبها بالبيع والشراء ، وربما قيل بكونه منقولا من التصريف ، وهو كثرة التصرفات في وجوه المعاوضات والامر سهل، كما أن الوجه في تسميتها أثماناً وقوعها مقرونة بباء العوض عن الاشياء غالباً، بل فيما حضرني من نسخة منسوبة للشهيد على القواعد عن قطب الدين قال : « الذهب والفضة ثمنان وان باعهما بعوض، ولهذا لو باعه ديناراً بحيوان ثبت للبايع الخيار بالاتفاق : قال: وان كانا عوضين فكل منهما بايع ومشترى، ولو باعه حيوانا بحيوان، ثبت لكل منهما الخيار » .

وان كان قد يمنع ذلك كله عليه ضرورة اقتضاء العرف عند التحقيق كون مدخول الباء الثمن، والاتفاق الذي ذكره لم نتحققه، كما أن ماذكره من صدق كل من البايع

والمشترى عليهما لو كانامعاً عوضين واضح المنع، ومثله ماذكره أخيراً على ماعرفته سابقا في الخيار ، وقال في الدروس هنا : « الثمن ماقرن بالباء هنا وفي غيره كذلك ويحتمل ان يكون هو النقد اذا كان احد العوضين والا فالمقرون بالباء، و تظهر الفائدة في بيع حيوان بحيوان وبيع نقد بحيوان » وظاهره أنه لااشكال في كون الثمن مدخول الباء في النقدين بل و المتجانسين والله أعلم .

(و) كيف كان ف ﴿يشترط في صحة بيعها زائدا على الربويات﴾ اذ هي منها لانها موزونة في الصدر الاول ؛حتى المسكوك منها . والاكتفاء بالعد في بعض الأزمنة أوالاحوال بعد معلومية موزونية الاصل وهو الفضة و الذهب ، لايدفع حكم الربا كما عرفت ، وخصوصا بعد موزونية نقد الزمان السابق ، وان تغيرت الهيئة و خصوصا اذا كان عدم الوزن اعتماداً على معلومية الوزن وضبطه ، والتفاوت اليسير غير قادح .

قال البجلي (١) لابي عبدالله عليه السلام : « اشترى الشيء بالدراهم فاعطى الناقص الحبة و الحبتين قال : لاحتى تبينه ، ثم قال : الا أن يكون نحو هذه الاوضاح التي تكون عندنا عدداً » و في خبره (٢) « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل يشترى المبيع بدرهم وهو ينقص الحبة ونحو ذلك أيعطيه الذى يشتريه منه ولا يعلمه أنه ينقص قال : لاالا ان يكون مثل هذه الوضاحية. يجوز كما يجوز عندنا عددا» .

وعلى كل حال فيشترط زيادة على ذلك ﴿التقابض﴾ من كل منهما ﴿في المجلس فلو افترقا قبل التقابض بطل الصرف على الاشهر﴾ بل المشهور نقلا وتحصيلا . شهرة عظيمة كادت تكون اجماعا . ولذا قال في الرياض : «ان عليه من تقدم و تأخر عدا من شذ وندر» وفي المسالك وعن غيرها أن الاصحاب كلهم على خلاف ابن بابويه ، فر بما كان الشرط اجماعاً بل كانه لم يعتد بخلافه الفاضل في التحرير فقال: «هو شرط بلا خلاف».

وفي الغنية الاجماع عليه بل ظاهره اجماع المسلمين حيث نفى الخلاف منا و منهم. وفي محكي السرائر لاخلاف في هذا الشرط وفي البطلان بدونه . و كشف الرموز

١ــ الوسائل الباب ــ ١٠ــ من ابواب الصرف ــ الحديث ٧

٢ــ من لايحضره الفقيه ج٣ ص ١٤١ الحديث ٦٠

الاجماع على البطلان كذلك و أن المخالف الصدوق . وايضاح النافع خلاف ابن بابويه متروك ، ورواياته ضعيفة . وفي التنقيح روايات البطلان كثيرة ، وعليها انعقد عمل الأصحاب . وفي الدروس رواياته متروكة .

فمن الغريب ميل بعض متأخري المتأخرين اليه بعد ذلك كله ، مضافاً الى النصوص المستفيضة المنجبر ما يحتاج منها بما سمعت ، منها ـ قول أبي جعفر عليه السلام (١) في خبر محمد بن قيس «قال امير المؤمنين عليه السلام : لايبتاع رجل فضة بذهب الا يداً بيد ، ولا يبتاع ذهباً بفضة الا يداً بيد» ومنها ـ قول الصادق عليه السلام في صحيح منصور (٢) «اذا اشتريت ذهباً بفضة ، أو فضة بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه ؛ و ان نزى حائطاً فانزمعه» ومنها ـ خبر حريز عن محمد (٣) « قال : سألته عن الرجل يبتاع الذهب بالفضة مثلا بمثلين قال ؛ لا بأس يداً بيد » .

ومنها ـ خبر البجلي (٤) « قال : سألته عن الرجل يشتري من الرجل الدراهم بالدنانير فيزنها و ينقدها و يحسب ثمنها كم هو دينارا ، ثم يقول: أرسل غلامك معي حتى أعطيه الدنانير ؟ فقال : ما احب أن يفارقه حتى يأخذ الدنانير ، فقلت انما هم في دار واحدة و أمكنتهم قريبة بعضها من بعض ، وهذا يشق عليهم ؛ فقال : اذا فرغ من وزنها وانتقادها فليأمر الغلام الذي يرسله أن يكون هو الذي يبايعه ، ويدفع اليه الورق و يقبض منه الدنانير حيث يدفع اليه الورق » بل لاينكر ظهور غيرها من النصوص او ـ اشعارها في المطلوب، وبها يخرج عن أصل الصحة وعمومها.

والمناقشة في سند بعضها أو دلالة متنه على ذلك غير مسموعة ، سيما بعد الاعتضاد والانجبار بما عرفت، كالمناقشة بعدم دلالتها على الشرطية ، وأن المراد من اليد باليد فيها عدم النسيئة، مع أنها لاتنافي ارادة القبض مع ذلك ، والدليل غير منحصر فيها مضافاً الى ظهور نحو هذه الاوامر والنواهي في غير المقام في ارادة الارشاد الا ما يقتضي،

---

١ ـ الوسائل الباب ـ ٢ ـ من ابواب الصرف الحديث ٣

٢ ـ ٣ ـ ٤ ـ الوسائل الباب ـ ٢ ـ من ابواب الصرف الحديث ٨، ٧، ١

الصحة والفساد ، لأن المراد الاثم خاصة .

نعم ارادته هنامعه للنصوص والاية كما عن الشيخ و ابن ادريس و الفاضل في التذكرة ، بل قيل : انه جزم فيها بوجوب الوفاء به أي التقابض ، والاثم بتركه اختيارا وجعله بمنزلة الرباحتى أوجب عليهما التفاسخ قبل التفرق ، لوتعذر عليهما التقابض ؛ وجعل تفرقهماقبله بمنزلة بيع الربوى نسيئة ،فان بطلانه لايغني عن الاثم به ،قيل و هو ظاهر الدروس حيث حكم بوجوب التقابض قبل التفرق .

وفيه أن الوجوب في نحو المقام قديراد به الوجوب الشرطي مجازا بل عدم تعرض الأكثر للتحريم هنا كما اعترف به في المسالك يؤمي الى ارادة ذلك من النصوص ايضا من غير ضم الشرعي معه و هوقوي ؛ وان كان الاول أحوط ، و ينبغي مراعات التقايل حينئذ قبل التفرق ، لوتعذر التقابض ،بناء على مشروعية التقايل في نحو ذلك كما هو الظاهر .

وعلى كل حال فما عن الصدوق من أنه لايشترط التقابض في المجلس ، وحكاه الشهيد في الحواشي عن البشرى ، كما أنه حكى فيها أيضا قولا بالتفصيل بين بيع الجنس بجنسه فيشترط ،وبين بيع أحدهما بالاخر فلايشترط ، والنصوص السابقة و الفتاوى على خلافه ، بل وعلى خلاف الصدوق أيضاً كما عرفت ، و ان كان يشهدله اخبار الساباطي الاربعة (١) عن الصادق عليه السلام المتضمنة لنفي البأس عن بيع الدراهم بالدنانير نسيئة وعن سلف الدنانير بالدراهم كخبر زرارة (٢) عن أبي جعفر عليه السلام الذي في طريقه علي بن حديد « لابأس أن يبيع الرجل الدينار نسيئة بمأة و أقل و أكثر » ومكاتبة محمد بن عمر (٣) .

الأأن الجميع قاصرة عن الادلة السابقة من وجوه ، خصوصا مع عدم صراحة بعضها ، فالاولى طرحها كما في الدروس ، أو تأويلها بل الظاهر من النص و الفتوى

١ــ الوسائل الباب ــ٢ــ من ابواب الصرف الحديث ــ١٠ــ١١ــ١٢ــ١٤

٢ ــ ٣ــ الوسائل الباب ــ٢ــ من ابواب الصرف الحديث ١٣ــ١٥

والفتوى منع النسيئة في الاثمان ولو فرضت على وجه لاتنافي التقابض في المجلس، كما اذا كان الاجل قصيرا جدا ، بل في خبر عبدالرحمان(١) «أن الناس لم يختلفوا في النسيء (أي في بيع الاثمان) : أنه الربا » .

وعلى كل حال فظاهر ماسمعته من الفتاوى ومعاقد الشهرات و الاجماعات كون التقابض قبل الافتراق شرطاً في الصحة ؛ فقبله لاصحة فلاانتقال ، وفي خبر محمد بن قيس (٢) السابق دلالة عليه ، بل وفي خبر البجلي (٣) وبه يخرج حينئذ عن قاعدة اقتضاء العقد الملك، المعتضدة بأصالة عدم شرط آخر، بل وعن ما ادعى في غير المقام من الاجماع على عدم اعتبار ازيد من القبض في الملك، رداً على القائل بتوقفه على انقضاء الخيار؛ اذقد عرفت من الادلة السابقة اعتبار التقابض منهما معافيه، فلايكفي قبض أحدهما بل هو حينئذ في يده كالامانة قبل قبض الاخر ، بل ان لم نجعله كالمقبوض بالسوم ؛ أمكن عدم ضمانه بالتلف بغير تفريط .

نعم قد يقال بحصول الملك به لو قبض الاخر بعده من حين القبض الاول؛ بل و ان تلف من يده، مع أنه لايخلو من نظر وبحث، ضرورة امكان القول بحصول الملك في العوضين معاً عند حصول القبض المتأخر الذى هو شرط لتأثير السبب ، بل به يتحقق التقابض فلايجدى القبض السابق ، وعليه يتجه حينئذ بطلان الصرف لو تلف المقبوض قبل القبض الاخر؛ بحيث خرج عن صلاحية الملك ؛ فضلا عن تلف غير المقبوض .اللهم الا أن يقال بصحته ؛ بناء على كونه مضموناً مطلقا أو حيث يكون بأن أتلفه بتفريط على معنى انتقال الصرف حينئذ الى بدل التالف ولكن فيه تأمل أيضاً.

و كيف كان فاحتمال أن التقابض شرط لتأثير العقد الملك ،فحصوله حينئذ يكشف عن حصوله من أول العقد، و عدمه كذلك كاحتمال عدم مدخلية التقابض في ذلك ،وأن العقد أثر مايقتضيه من الملك، الا أنه يبطله الافتراق قبل التقابض اذهو حينئذ كالفسخ بالخيار

---

١ ــ الوسائل الباب ــ ١٥ــ من ابواب الصرف الحديث ١

٢ــ٣ــ الوسائل الباب ــ٢ـ من ابواب الصرف الحديث ــ٣ــ١

أو الاقالة، مخالف لظاهر الفتاوى و بعض النصوص السابقة ، و ان كان الثاني منهما موافقا للقواعد في الجملة بل هو صريح المقداد فيما تسمعه ، بل هو لاينافي بعض النصوص السابقة.

كما أن الاول منهما يمكن تنزيل الشرطية في عبارات الاصحاب عليه، ضرورة توقف تأثير العقد على حصوله،فهو شرط لتأثيره ينعدم بانعدامه و يوجد بوجوده ، الا أن كيفية الوجود بالوجود و هو جعل العقد مؤثرا من أول وقوعه نحو ماقلناه في اجازة الفضولي بناء علي الكشف ، بل لعل ذلك جار في جميع الشروط المتأخرة عن مشروطها لكن لما لم يكن مقتض له ، بل هو مناف لما تسمعه منهم من بطلان الشراء بثمن الصرف مثلا وان قبضه بعد ذلك في المجلس كان المتجه ابقاء عبارات الاصحاب على ظاهرها، من توقف حصول الملك عليه وأنه يحصل حال حصوله تماماً لاقبله ، وليس هو من الشرائط المتأخرة عن زمان وصف الصحة كغسل المستحاضة بعد تمام الصيام ، حتى يلتزم كونه كاشفا ،ضرورة امكان توقف الصحة عليه الى زمن حصوله هنا بخلافه هناك اذ لادليل على تسبيب العقد الصحة على كل حال.

نعم هناك ظواهر يمكن تقييدها بدليل المقام من غير حاجة الي ذلك التكلف التام ، ودعوى أن ذلك أولى باعتبار عدم تقييد تلك الادلة على القول بالكشف كما ترى .

﴿ولو قبض البعض﴾ خاصة قبل التفرق ﴿صح فيما قبض حسب وبطل في غيره﴾ بلاخلاف فيهما لحصول مقتضي الصحة من العموم وغيره في الاول. ومقتضى البطلان من التفرق قبل التقابض في الثاني ، وأما صحيح الحلبي(١) عن أبي عبدالله عليه السلام « عن الرجل يبتاع من رجل بدينار فيؤخذ بنصفه بيعاً وبنصفه ورقا قال: لابأس،فسألته هل يصلح أن يأخذ بنصفه ورقاأو بيعاًويترك نصفه حتى يأتي بعد فيأخذ منه ورقاأو بيعاً،قال: ماأحب أن أترك شيئاً حتى آخذه جميعاًفلا تفعله».

---

(١) الوسائل الباب ٢ــ من ابواب الصرف الحديث ــ٩

فلادلالةفيهعلى المنع اولا، ويحتمل انصرافه الى صحة المجموع من حيث المجموع ولا كلام فيه ثانيا ، بل قد يحتمل خروجه عن أصل ما نحن فيه ثالثا ، وعلى كل حال يتخيران معاً في اجازة ماصح فيه وفسخه لتبعض الصفقة ؛ اذا لم يكن من أحدهما تفريط في تأخير القبض ، ولو كان تأخيره بتفريطهما فلاخيار لهما ، و لو اختص به احدهما سقط خياره خاصة كماهو واضح .

﴿ ولو فارقا المجلس مصطحبين ﴾ قبل أن يتقابضا ﴿ لم يبطل ﴾ الصرف بلاخلاف للاصل بعد ظهور النصوص ، خصوصا قوله «وان نزى حائطا فانز معه » في أن المعتبر التقابض قبل التفرق ، ومن هنا كان التعبير به أجود من المجلس الموهم خلاف ظاهره ، و قد تقدم في خيار المجلس تحقيق أقل ما يتحقق به الافتراق من الخطوة ، كما أنه تقدم هناك كثير مما له نفع في المقام ، الا ان الظاهر عدم اعتبار الاختيار فيه هنا ، و ان كان معتبر هناك ، فلو اكرها علـى التفرق مثلا أمكن القول بالبطلان هنا ، بخلافه هناك ، لاختلاف المدرك فلاحظ و تأمل .

﴿ ولو وكل أحدهما ﴾ غيره ﴿ في القبض عنه ، فقبض الوكيل قبل تفرقهما ﴾ اى المتعاقدين ﴿ صح ولو قبض بعده بطل ﴾ وكذا لو وكلا معاً على القبض عنهما ، ولا اعتبار بمفارقة الوكيل لهما أو لاحدهما، ولو وكلا أو أحدهما على الصرف خاصة أو مع القبض، فالمعتبر المفارقة بين من وقع العقد معه ، لان الضابط كما في الجامع المقاصد و المسالك والروضة والرياض التقابض قبل تفرق المتعاقدين ، سواء كانا مالكين أو وكيلين .

لكن قد يشكل بمنع دلالة النصوص علي البطلان بتفرق الوكيلين ان قبض الا لكان في ذلك المجلس ، بل يصدق على بايع الذهب بالفضة اذا قبض بعد تفرق الوكيلين أنه ما باعه الايدابيد ، على أن ذلك يقضى بعدم البطلان مطلقا لو كان الوكيل على العقد متحدا عنهما ، لعدم تصور الافتراق فيه والتزامه كما ترى ، ضرورة صدق بيعه حينئذ لايدابيد، فلعل اناطة الحكم بذلك أولى ان لم ينعقد اجماع بخلافه، بل قد يدعى صدق اليد باليد لو تعاقدا مثلا وأرسل أحدهما وكيله مع الاخر فتقابضا قبل التفرق ففى

خبر البصري (١) «سألت أباعبدالله عليه السلام عن بيع الذهب بالدراهم ، فيقول أرسل رسولا فنيستوفى لك ثمنه قال يقول هات وهلم ورسولك معه» ولا ينافيه ماسمعته في خبر البجلي (٢) بعد حمله على الندب ونحوه، الأأن الجرئة على خلاف ماعند الاصحاب مما لاينبغي، و قدعرفت أن المدار عندهم على عدم تفرق المتعاقدين . نعم قد يقال بعدم اعتبارهما في العاقدين فضولا أو أحدهما، وأن المدار على عدم تفرق المجيزين بعد الاجازة حتى يتقابضا ، مع أنه لايخلو عن اشكال والله اعلم .

﴿و﴾ مما يتفرع على اعتبار التقابض في الملك ما ﴿لو اشترى منه دراهم﴾ بعقد الصرف ﴿ثم ابتاع﴾ بها منه دنانير ﴿قبل قبض الدراهم لم يصح الثانى﴾ على المشهور بين الاصحاب، لعدم ملك الدراهم عليه لو كانت كلية وعدم ملك عينها لو كانت شخصية ، ولصحيح اسحاق بن عمار (٣) كما في المختلف قال: « قلت لابي عبدالله عليه السلام : الرجل يجيء بالورق يبيعها يريد بها ورقا عندى فهو اليقين عندي أنه ليس يريد دنانير ليس يريد الا الورق و لايقوم حتى يأخذ ورقي ، فاشترى منه الدراهم بالدنانير ، فلاتكون دنانيره عندي كاملة فأستقرض له من جاري ، فأعطيه كمال دنانيره ، ولعلى لاأحرز وزنها فقال أليس يأخذ وفاء الذى له ؟ قلت بلى قال : ليس به بأس» وكأنه لما يفهم منه البأس اذا لم يقبض الدنانير ، اذ المراد أني أستقرض به الدنانير ، ثم اشتريها منه بالورق الذى يريده ؛ كما يؤمي اليه ما في صدر الخبر ، ويمكن أن يكون مراد السائل التوقف من جهة عدم احراز الوزن فتخرج حينئذ عن الاستدلال.

وعلى كل حال فليس البطلان لعدم جواز الشراء بما لم يقبض قبل كيله أو وزنه كبيعه ، اذ قد عرفت بعد تسليم مساوات الشراء به لبيعه أن الاصح الجواز، ولا لانه بيع دين بدين اذا فرض كون الدنانير كلية في الذمة لامعينة ، ضرورة عدم صدق الدينية بعد

(١و٢) الوسائل الباب -٢- من ابواب الصرف الحديث ٢-١

(٣) الوسائل الباب -٥- من ابواب الصرف الحديث -٣- باختلاف يسير

اشتراط التقابض فى الملك ،على أنك ستعرف كون الممنوع بيع الدين قبل البيع به كذلك، لاما كانا أو أحدهما بعقد البيع ، ومن ذلك كله يظهر لك مافى المحكى عن السرائر فانه بعد أن ذكر مافى النهاية اذا باع الانسان دراهم بدنانير لم يجزه أن يأخذ بالدنانير دراهم مثلها الا بعد أن يقبض الدنانير ، ثم يشترى بهادراهم انشاء ، قال «ان لم يتفارقا من المجلس الا بعد قبض الدراهم المبتاعة بالدنانير التى على المشترى الاول فلابأس بذلك وان لم يكن قبضه الدنانير التى هى ثمن الدراهم الاول المبتاعة، هذا اذاعينا الدراهم الاخيرة المبتاعة ، فان لم يعيناهافلايجوزذلك ، لانه يكون بيع دين بدين، وان عينا ها لم يصر بيع دين بديع ،بل يصير بيع دين بعين ، كما أن منه يظهر مافي المسالك تبعاً لغيره من أنه ينبغى القول بالصحة مطلقافى مفروض المتن اذا تقابضا قبل التفرق، وغاية مايحصل فى البيع أن يكون فضوليا فاذا لحقه القبض صح ، وسيأتى أن بيع الدين بالدين على هذا الوجه غير ممتنع ،اذفيه منع جريان حكم الفضولى عليه بعد القول بأن الملك من حين القبض كمنعه فيما لو باع مال غيره ثم انتقل اليه.

وأغرب من ذلك كله مافي التنقيح من أن لنا أن نقول: ان بطلان البيع بالتفرق قبل التقابض لايستلزم عدم تملك المشترى، لجواز تملكه ملكا متزلزلا ، كالمبيع فى زمن الخيار ، فان قبض لزم والابطل ، و اذاملك صح البيع الثانى لانه اشترى بثمن مملوك وصح البيع الاول أيضا، لانه وان لم يقبض الدارهم لكن قبض عوضها وهو الدنانير، وقبض العوض كقبض المعوض، اذهو كما ترى مع مخالفته لماقدمناه من أن القبض شرط للملك، لأن الافتراق مانع فيه نظر من وجه آخر لايخفى ، فالتحقيق ماذكرناه وهو الموافق لاطلاق المشهور البطلان ﴿و﴾ منه يعلم أنه ﴿لوافترقا﴾ فى مفروض المسألة قبل التقابض ﴿ بطل العقدان﴾ معاً لانتفاء الشرط فيهما حينئذ كماهو واضح والله اعلم .

﴿ ولو كان له عليه دراهم فاشترى بها﴾ منه ﴿دنانير صح وان لم يتقابضا، وكذا لو كان له دنانير ؛ فاشترى بهادراهم ﴾ ﴿ مافى الصحيح الاتى(١) من ﴿أن النقدين من

١ــ الوسائل الباب ــ ٤ ــ من ابواب الصرف الحديث ١ ــ ٢

واحد ﷺ فاشبه التقابض . ولاصالة عدم اشتراطه في نحو المقام بعد صحيح اسحاق بن عمار (١) الذي رواه المشايخ الثلاثة ، وعمل به الاصحاب في الجملة قال : « قلت لابي عبدالله عليه السلام : يكون للرجل عندي الدراهم الوضح فيلقاني و يقول لي كيف سعر الوضح اليوم فأقول له: كذا و كذا فيقول :أليس لي عندك كذا و كذا ألف درهم وضح فأقول: نعم فيقول : حولها الى دنانير بهذا السعر وأثبتها لي عندك فماترى في هذا ؟ فقال : اذا كنت قد استقصيت له السعر يومئذ فلا بأس بذلك ، فقلت: اني لم أوازنه و لم أناقده؛ انما كان كلام مني ومنه فقال لي : أليس الدراهم والدنانير من عندك؟فقلت: بلى فقال :لا بأس بذلك »

و موثق عبيد بن زرارة أو صحيحه(٢) «سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لي عنده دراهم فآتيه فأقول له حولها دنانير من غير ان اقبض شيئاً قال: لا بأس به قلت و يكون لي عنده دنانير فآتيه فاقول له: حولها لي دراهم و أثبتها عندك و لم أقبض منه شيئا قال :لا بأس » .

وتنزيلها على ارادة التوكيل في القبض أو فيه و في البيع وأن ما في الذمة له وعليه مقبوض ، اجتهاد في مقابلة النص الذي يأباه من وجوه ، على أن من الواضح منع كون ما عليه لغيره في ذمته مقبوض له وان وكله فيه ، بحيث يجري عليه حكم المقبوض ، والا لجاز بيع الذهب المشخص مثلا بذهب في ذمته على أن يكون المشتري وكيلا في قبضه ومعنى قبضه له حينئذ رضاه ببقائه في ذمته .

وأفضح من ذلك دعوى أن المراد من الخبر التوكيل ، وأنه قد وقع منه القبض الحسي وأثبتها ، مع ان صريح الخبر عدم وقوع غير الكلام ، وبالجملة قد أطنبوا في المقام بلا مقتض ، كما أنه لا ينبغي العمل بالخبر على معنى حصول التحول بمجرد الامر بالتحويل، وان أوهمه ظاهر بعض العبارات ، بل المراد منه حصول المعاملة منهما بذلك، وان كان بعنوان المعاطات ؛ بناء على كونها من البيع ، وعدم اشتراط التقابض هنا، بل يكفي قبض في ماذمته له ، وبقاء الاخر في ذمته ،وحيث كانا معاً عنده صار كالتقابض ، ولولا فهم الاصحاب أمكن تنزيل الخبر على معاطات الصلح و ان كان في الخبر

١-٢- الوسائل الباب ٤ من ابواب الصرف الحديث ١-٢

منافاة ماله والله اعلم.

ومن ذلك يعلم أنه لاوجه لبناء الخبرين على مقدمات كثيرة لايخلو جملة منهـا من نظر و تأمل ، بل قد افتي بالخبرين من لايقول ببعض تلك المقدمات كما لايخفى، فـا التحقيق ماذكرنا كما أومي اليه في المختلف و كاديكون صريح المتن كما هو صريح غيره أيضا ، و منه يظهر لك النظر في كلام كثير من المصنفين. فلاحظ و تأمل جيدا والله اعلم. هذا كله في اعتبار التقابض؛ وقد ظهر لك أنه متى حصل الافتراق قبله بطل الافي مسألة التحويل.

أما لو تفرقا قبل الوزن والنقد ، ففي القواعد «صح مع اشتمال المقبوض على الحق» ونحوه مافي الدروس « لو تقابضا جزافاً فيزنان في موضع آخر جاز الافتراق » ونحو ذلك أيضاً عن النهاية والتذكرة ، وقال حنان بن سدير(١) قلت لابي عبدالله عليه السلام: « انه يأتيني الرجل ومعه الدراهم ، فأشتريها منه بالدنانير ، ثم اعطيه كيساً فيه دنانير أكثر من دراهمه ؛ فاقول : لك من هذه الدنانير كذا وكذا دنانير اكثر من دراهمك فيقبض الكيس مني ثم يرده علي ويقول : أثبتها لي عندك ؛ فقال : ان كان في الكيس وفاء بثمن دراهمه فلابأس ».

قلت : وقد يستفاد مما هنا عدم اشتراط الوزن في تحقق اسم القبض اذ احتمال الفرق بين قبض الصرف وغيره مخالف لظاهر الفتاوى ، ولافرق في موضوع المسألة بين كون المبيع أو الثمن كليا ، ثم يدفع له في المجلس مايزيد على حقه وان لم يحصل الوزن والنقد ، و بين الشخصي اذا كان قد أخبره بالوزن فاشتراه من غير اعتبار ثم اراد اعتباره بعد ذلك ، والحاصل أنه لامدخلية للوزن في تحقق القبض كما عرفت.

(و) كيف كان ف ﴿لايجوز التفاضل في الجنس الواحد ولو تقابضا﴾ اجماعاً (و) نصاً للربا كما أنه ﴿يجوز في الجنسين﴾ اجماعاً و نصاً لعدمه ﴿ويستوي في وجوب التماثل المصوغ والمكسور وجيد الجوهر ورديه﴾ بلاخلاف و لااشكال ، لصدق اتحاد الجنس فيه ، نعم لو شرطت الصياغة مثلا كان زيادة .

---

(١) الوسائل الباب ٥ ، من ابواب الصرف الحديث ١

﴿و اذاكان في الفضة ﴾ مثلا ﴿غش﴾ غير متسامح فيه ﴿ مجهول ﴾ قدره تفصيلا واجمالا ﴿لم تبع الا بالذهب أو بجنس غير الفضة ﴾ الخالصة لعدم الربا حينئذ لاختلاف الجنسين ، أما فيها فلا ؛ لعدم العلم بمقدار مافيه منها كي يتخلص من الربا الذى شرط عدمه في المتجانسين المساواة ؛ فالشك فيها شك في الجواز ، وكذا لايجوز بيعه بجنس مافيه من الغش خاصة اذا كان ربوياً لعين ماسمعته في الفضة ، أما بيعها بالفضة المغشوشة ، فلاريب في الجواز لانصراف كل جنس الى مايخالفه .

﴿وكذا﴾ الحال في ﴿الذهب﴾ المغشوش وفي صحيح بن سنان (١) «سألت أباعبدالله عليه السلام عن شراء الفضة فيه الرصاص بالورق ، وهي اذا أذيبت نقصت من كل عشرة ، درهمين أوثلاثة ، فقال :لايصلح الا بالذهب». نعم الظاهر أن هذا الحصر بناءاً على الغالب من عدم بيع المغشوش بمثله من الخالص فضلا عما زاد ، والا لو فرض ذلك جاز وان جهل ؛ لعدم الربا حينئذ ، ضرورة مقابلة مافيه من الفضة بمثلها كائناً ما كان ؛ وصرف الزائد الى الغش كما أنه لوعلم مافيها من الغش ولو على الاجمال بأن لا يزيد على الثلث مثلا جاز بيعها بمايزيد على الثلثين من الخالص زيادة تصلح لمقابلة الغش ﴿ولو علم﴾ مقدار الفضة على التفصيل ﴿جاز بيعه﴾ بمقداره ﴿من جنسه مع زيادة ﴾ منه أو من غيره تصلح لان ﴿تقابل الغش﴾ كما تقدم تحقيق المسألة في الربا وذكرها في المقام من حيث تعلقها بالصرف، بناء على ماعرفت سابقاً أو تعرف لاحقاً في بيع السيوف المحلات أن ضميمة غير الجنس لدفع الربا لا الصرف ، فلابد من التقابض حينئذ ؛ لكن ينبغي أن يعلم أنه يكفي في الصحة حصول الشرط في الواقع ، فلو فرض صدور البيع حال الجهل بقدر المقابل فاتفق كونه واقعاً على وجه لاربا فيه صح، لتناول عموم الادلة له، ولادليل على اشتراط الاحراز سابقاً كالمعلومية في البيع .

وحينئذ فالمتجه الاختبار فيما لو وقع مثل ذلك ، فلايحكم بالصحة ولا بالفساد الا بعد تبين الحال ؛ ولعل اطلاق الاصحاب عدم الجواز يراد به عدمه لو أريد البيع به من

١ـ الوسائل الباب ١١ من ابواب الصرف الحديث ١ باختلاف يسير

غير مراعاة كغيره من الافراد ، أما اذا تعذر الاختبار مثلا ، فيمكن الرجوع الى اصالة عدم ترتب الاثر والنقل ونحوهما من الاصول بعد عدم ما يدل على أحد الامرين ، وان كان كل منهما مشروطاً بشرط وجودي وهو التفاضل والتساوي مثلا ، ويمكن القول ببقاء العوضين على الاشتباه حتى يتحقق الحال، ولو للمقدمة باعتبار التكليف بما لايتم الا بالتوقف في الفرد المخصوص من بيع المتجانسين حتى يعلم الحال ، والمسألة مشكلة ، ولكن ظاهر الاصحاب في المقام وغيره معاملة المفروض نحو معاملة الفاسد في الظاهر ، وتمام التحقيق محتاج الى اطناب تام فتأمل جيداً والله العالم .

﴿ولا يباع تراب معدن الفضة بالفضة﴾ خاصة ولا بترابه أيضاً ﴿احتياطاً﴾ عن الوقوع في الربا لعدم العلم بالمساواة ﴿ويباع بالذهب﴾ و بغيره لاختلاف الجنس ﴿وكذا تراب معدن الذهب﴾ ولا يباع بالذهب ولا بترابه احتياطاً ويباع بالفضة مثلا لاختلاف الجنس فلا ربا ؛ وان تحقق الصرف باعتبار وجود الاجزاء الذهبية و الفضية في التراب لأنه مستحيل بالعمل و الا لم يكن لذكرها في الصرف وجه وان جرى عليها حكم الربا على هذا التقدير أيضاً ، لما عرفت سابقاً من أن الفرع والاصل جنس و، لو علمت زيادة في الثمن عما في التراب من جنسه لم يصح هنا وان صح في المغشوش ، بناء على أن التراب لاقيمة له لتصلح في مقابلة الزائد وحينئذ فان علمت المساواة جاز، والتراب كعدمه فما عساه يتخيل من جواز بيع التراب بالتراب لانهما جنس واحد ولا يقدح عدم العلم بما يحصل منهما أذ هو كبيع اللحم باللحم المشتملين على العظام لا يخلو من ضعف.

﴿ولو﴾ مزج الترابان او ﴿جمعا في صفقة جاز بيعهما بالذهب والفضة معاً ﴾ لانصراف كل جنس الى مايخالفه وبالذهب وحده مع زيادة تقابل الفضة و بالعكس كذلك لعدم الربا في ذلك كله كما هو واضح، وقال أبو عبدالله مولى عبد ربه(١) «سألت الصادق (ع) عن الجوهر الذي يخرج من المعدن و فيه ذهب وفضة و صفر جميعاً

١ـ الوسائل الباب ١١ من ابواب الصرف الحديث ٥

كيف نشتريه فقال تشتريه بالذهب والفضة جميعاً ﴿و﴾ كذا ﴿يجوز بيع جوهر الرصاص والصفر بالذهب والفضة وان كان فيه﴾ أي الرصاص والصفر ﴿يسير من الفضة أو الذهب﴾ بلاخلاف ﴿لان الغالب﴾ عليه اسم ﴿غيرهما﴾ فلا يصدق بيع المجانس بمثله ولا بيع الاثمان بمثلها فلا يجرى عليه حكم الربا وان لم يعلم زيادة الثمن عن ذلك اليسير ولا حكم الصرف.

قال: معاوية(١) وغيره «سألت أباعبدالله عليه السلام عن جوهر الاسرب وهو اذا خلص كان فيه، فضة، أيصلح أن يسلم الرجل فيه الدراهم المسماة؟ فقال: اذا كان الغالب عليه اسم الاسرب فلابأس بذلك يعني لا يعرف الا بالاسرب» وفي خبر البجلي (٢) عنه أيضاً « في الاسرب يشترى بالفضة؟ فقال: اذا كان الغالب عليه الاسرب فلا بأس».

وقد ظهر منها أن المدار على غلبة الاسم حقيقة، فلا يجزى غيره حتى التسامح للقلة ونحوها وهو كذلك، قال في المسالك: « ان مجرد الاغلبية غير كاف في جواز البيع بذلك النقد كيف اتفق، حتى لو كان الخليط عشراً يمكن تمييزه لم يجز بيعه بجنسه الا مع زيادة الثمن عليه بحيث يقابل الاخر».

نعم قد يظهر من بعضهم أنه اذا كان تابعاً غير مقصود لم يمنع من البيع بجنسه، كالذي يزين به السقف والجدران والمصاحف، مع أنه قد يناقش فيه بعدم مدخلية القصد في ذلك وجواز نحو ذلك مما ذكره لخروج النقد فيها عن الموزونية فتأمل جيداً والله أعلم.

﴿ ويجوز اخراج الدراهم المغشوشة ﴾ والدنانير بالشراء بها وغيره من أنواع التصرفات ﴿ مع جهالة ﴾ أصل ﴿ الغش ﴾ أو قدره ﴿ اذا كانت معلومة المصرف بين الناس ﴾ بلاخلاف بل يمكن تحصيل الاجماع عليه، فضلا عن محكيه، للسيرة القطعية بعد الأصل و قال حريز: (٣) «كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فدخل عليه قوم من أهل سجستان فسألوه عن الدراهم المحمول عليها فقال: لابأس اذا كان جواز المصر» و البقباق(٤) «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الدراهم المحمول عليها فقال: اذا أنفقت ما يجوز

١-٢- الوسائل الباب ١٧ من الصرف الحديث ١-٢

٣-٤- الوسائل الباب -١٠- من ابواب الصرف الحديث -١٠-٩

بين أهل المدينة أو البلد فلا بأس وان أنفقت مالايجوز بين أهل المدينة فلا».

ومحمد بن مسلم(١) «جاء رجل من اهل سجستان لابى جعفر عليه السلام فقال له: ان عندنا دراهم يقال لها الشاهية تحمل على الدراهم دانقين ؟ فقال لابأس به اذا كان يجوز بين الناس» وعليه يحمل اطلاق خبره الاخر(٢) « سألته عن الدراهم المحمول عليها فقال لا بأس» بل وخبر عمر بن يزيد(٣) «عن أبى عبدالله عليه السلام فى انفاق الدراهم المحمول عليها فقال: اذا كان الغالب الفضة فلا بأس بانفاقها» المبين بخبره الاخر (٤) «سألت أباعبدالله عليه السلام عن انفاق الدراهم المحمول عليها ؟ فقال: اذا جازت الفضة الثلثين فلا بأس» على معنى أن الجائز بين الناس فى ذلك الوقت ما كانت كذلك ﴿ وان كانت مجهولة الصرف﴾ وكان غشها ممالايتسامح به ﴿لم يجز انفاقها الابعد ابانة حالها﴾ بلا خلاف بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ،فضلا عن محكيه، لمافيه من الغش المحرم نصاً واجماعاً وعليه يحمل خبر المفضل بن عمر الجعفى (٥) «قال : كنت عند ابي عبدالله عليه السلام ،فألقي بين يديه الدراهم فألقى الـي درهماً منها فقال : أيش هـذا ؟ فقـلت : ستوق فقال : وما الستوق ؟ فقلت : طبقتين فضة وطبقة من نحاس و طبقة من فضة فقال: اكسر هذا فانه لايحل بيع هذا ولا انفاقه» ومكاتبة جعفر بن عيسى (٦) الى أبى الحسن عليه السلام « ماتقول جعلت فداك فى الدراهم أعلم أنها لا تجوز بين المسلمين الا بوضيعة تصير الي من بعضهم بغير وضيعة لجهلي به؛ وانما آخذه على أنه جيد أيجوز لى أن آخذه وأخرجه من يدى على نحوما صار الي من قبلهم؟ فكتب عليه السلام لايحل ذلك».

بشهادة ما رواه ابن أبى عمير عن ابن رئاب (٧) «قال: لاأعلمه الاعن محمد بن مسلم قال: قلت لابى عبدالله عليه السلام : عن الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس اوغيره ثم يبيعها ،فقال : اذا كان بين ذلك فلاباس» وغيره والظاهر الا كتفاء بالاخبار بأن فيه غشا من غير حاجة الى بيان قدره الا اذا توقف عليه التخلص من الربا، كما أن الظاهر عدم

١-٢ - الوسائل الباب - ١٠ - من ابواب الصرف الحديث ٦-١
٣-٤- الوسائل الباب- ١٠ -من ابواب الصرف الحديث-٧-٣ وفى الاخير اذاجازت الفضة المثلين
٥-٦-٧- الوسائل الباب- ١٠ من ابواب الصرف الحديث- ٥-٨-٢

وجوب الكسر وان نص عليه في الخبر السابق(١) الا أني لم اجد من أفتى به بل الفتاوى وباقي النصوص على خلافه، وفي جواز دفع الظلمة بالدراهم المغشوشة وجهان أقواهما الجواز وأحوطهما خلافه والله أعلم .

﴿مسائل عشر﴾

﴿الاولى: الدراهم والدنانير﴾ عندنا معاشر الامامية كغيرها ﴿يتعينان﴾ بالتعيين في العقد ﴿فلو اشترى شيئاً بدراهم أودنانير﴾ معينة ﴿لم يجز﴾ له ﴿دفع غيرهما ولو تساوت الاوصاف﴾ خلافا لابي حنيفة فلاتتعين بالتعيين ، وهو مخالف للادلة الاربعة كما هو واضح، وحينئذ فان تلف قبل القبض انفسخ البيع ولم يكن له دفع عوضها، وان ساواه مطلقا ؛ ولا للبايع طلبه ، وان وجد البايع بها عيباً ففي المسالك لم يستبدلها ، بل اما أن يرضى بها أو يفسخ العقد . قلت : أو يأخذ الارش اذا كان في المجلس حيث يكون المبيع حينئذ من الاثمان أيضاً، ولا يستلزم الربا بل وان استلزم على وجه تقدم سابقاً .

المسألة ﴿الثانية: اذا اشترى دراهم بمثلها معينة فوجد ﴿جميع﴾ ما صار اليه من غير جنس الدراهم﴾ بل هي رصاص ونحوه ﴿كان البيع باطلا﴾ بلا خلاف ولا اشكال ﴿وكذا﴾ في غير الصرف ﴿لو باعه ثوبا﴾ مثلا ﴿كتانا فبان صوفا﴾ بطل البيع لتخلف القصد عما وقع عليه العقد ولا ابدال هنا ولا أرش لوقوعه على عين مشخصة، فلايتناول غيرها، وعدم وقوع الصحيح والمعيب على هذه العين. وتخيل تغليب الاشارة هنا على الاسم باطل، ضرورة ارادة مسمى الاسم منها .

﴿ولو كان﴾ قد وجد ﴿البعض﴾ مما صار اليه ﴿من غير الجنس بطل فيه حسب﴾ دون الجيد بلاخلاف أجده في شيء من ذلك الا ما ستسمعه لوجود مقتضى الصحة فيه بخلافه ولا مانع من التبعيض في متعلق العقد كما في غير المقام.

---

١ ـ الوسائل الباب ـ ١٠ ـ من ابواب الصرف الحديث ـ ٥

﴿و﴾ لكن ﴿له﴾ بل وللبايع أيضاً مع الجهل بالعيب ﴿ردالكل لتبعض الصفقة و وله أخذ الجيد﴾ خاصة ﴿بحصته من الثمن﴾ وقد ظهر لك مما تقدم أنه ليس له الرضا به ، لما عرفت من بطلان العقد فيه ﴿وليس له﴾ المطالبة بـ ﴿بدله لعدم تناول العقد له﴾ ولا بالارش وكذا لو اشترى بالدراهم دنانير أو غيرها، ضرورة اتحاد الجميع فيما عرفت مما هو معلوم من القواعد المقررة في غير المقام ، لكن عن الخلاف والسرائر أنه اذا باعه دراهم بدراهم ، وكان البعض من غير الجنس كان البيع باطلا ، وقد يريدان في خصوص البعض ، وفي اللمعة «لو ظهر عيب في المعين من غير جنسه بطل فيه ، فان كان بازائه مجانسه، بطل البيع من أصله كدراهم بدراهم ،وان كان مخالفاً صح في السليم و ماقابله ، وظاهره الفرق بين المجانس والمخالف ، وربما وجه باستلزام الربا فيه دونه، و ذلك لانه لو ظهر درهم من مأة درهم نحاساً كشف عن وقوع البيع على ماءة بتسعة و تسعين درهما ،لان وجود الدرهم المعيب كعدمه ، بل قيل انه لولا أن مراده ذلك لم يبق فرق بينه وبين قوله ، وان كان مخالفا، بل كان في العبارة تكرار، واشتراط من غير فائدة .

وفيه أنه بعد أن قوبل صورة بالثمن خصه منه مقدار مايساويه ، فلاربا حينئذ في غيره ، و تنزيله منزلة العدم بالنسبة الى قصد كونه مبيعا لا بالنسبة الى المقابلة ، ويمكن أن يريد الشهيد و ان كان بعيدا بل لايخلو من نظر بالمجانس هنا المعيب أيضا، فانه لا اشكال في البطلان حينئذ و المخالف غير السليم فلا يكون مخالفا أو لم يفسرها في الروضة بما يصلح وجهاً للتفصيل فلاحظ و تأمل.

﴿و﴾ أما ﴿لو كان الجنس واحدا و به عيب كخشونة الجوهر أو اضطراب السكة كان له رد الجميع أو امساكه، وليس له رد المعيب وحده﴾ لو فرض أن المعيب البعض لتبعيض الصفقة ، و فيه البحث السابق بل عن الشيخ و ابن حمزة و الفاضل التصريح هنا بأن له ذلك وان كان ظاهرهم في بحث العيب الاجماع على عدمه و لم يظهر وجه للفرق فلاحظ و تأمل والله أعلم .

﴿ولا ابداله لان العقد لم يتناوله﴾ كما عرفت ولا أرش في مفروض المتن للربا به

بناء على تحققه بمثله ، ولو تخالفا كان له الارش في المجلس قطعاً ، لوجود المقتضي وعدم المانع ، ومع مفارقته ليس له أخذ الارش من النقدين . بلا خلاف ممن تعرض له، كالفاضل والشهيدين وغيرهم لكونه حينئذ من الصرف ؛ وقد فرض الافتراق.

أما من غيرهما فقد صرح الفاضل في التحرير والشهيدان في الدروس و المسالك بجوازه ،لعدم كونه صرفاً بل هو كالمعاوضة بغير الاثمان ، فيكون جملة العقد بمنزلة بيع وصرف ، والبيع ما أخذ عوضه بعد التفرق ، وظاهر اولهما في اللمعة التوقف فيه. بل جزم ثانيهما بعدمه في الروضة، لان المعروف كون الارش كجزء من الثمن ؛ والمعتبر فيه النقد الغالب على أن الحقوق المالية يرجع بها الى النقدين ، فكيف ينحصر الحق الواجب باعتبار نقصان في أحدهما ، فاذا اختار الارش حينئذ و حصل موجبه لزم النقد و اتفاقهما على غيره معاوضة على النقد الثابت في الذمة أرشا لا نفس الارش .

ودعوى أن الثابت وان كان هو النقد، لكن لما لم يتعين الا باختياره الارش اذ لو رد لم يكن الارش ثابتاً ،كان ابتداء تعلقه بالذمة الذى هو بمنزلة المعاوضة اختياره ، فيعتبر حينئذ قبضه قبل التفرق مراعاة للصرف، وكما يكفى فى لزوم معاوضة الصرف دفع نفس الاثمان قبل التفرق كذا يكفى دفع عوضها قبله ، بل مطلق براءة ذمة من يطلب منه ، فاذا اتفقا على جعله من غير النقدين جاز ، وكانت المعاوضة كانها واقعة به -يدفعها أن ذلك يقتضي جواز أخذه في مجلس اختياره من النقدين أيضاً ولا يقولون به ، ولزومه وان كان موقوفا على اختياره ، الا أن سببه العيب الثابت حالة العقد ، فقد صدق التفرق قبل اخذه ، وان لم يكن مستقرا .

ومن هنا قال في الروضة: «والحق انا ان اعتبرنا فى ثبوت الارش السبب لزم بطلان البيع فيما قابله بالتفرق قبل قبضه مطلقا ؛ وان اعتبرنا حالة اختياره أو جعلناه تمام السبب على وجه النقل، لزم جواز أخذه فى مجلسه مطلقا ، وان جعلنا ذلك كاشفا عن ثبوته بالعقد ، لزم البطلان فيه أيضاً .

وعلى كل حال فالمعتبر منه النقد الغالب،وما أتفقا على أخذه أمر آخر ، والوجه

الاخير اوضح ، فيتجه مع اختياره البطلان فيما قابله مطلقا ، وان رضي بالمدفوع لزم، وأشكله في جامع المقاصد «بأن المدفوع أرشا ليس هو أحد عوضي الصرف وانما هو عوض صفة فائتة في أحد العوضين، ويترتب استحقاقها على صحة العقد وقد حصل التقابض في كل من العوضين، فلا مقتضي للبطلان اذ وجوب التقابض انما هو في عوضي الصرف ، لافيما وجب بسببهما ؛ وأجاب عنه في الروضة بأن الارش و ان لم يكن أحد العوضين ، لكنه كالجزء من الناقص منهما ، و من ثم حكموا بأنه جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة قيمة الصحيح الى المعيب، والتقابض الحاصل في العوضين وقع متزلزلا، اذ يحتمل رده رأساً و أخذ أرش النقصان الذي كتتمة العوض الناقص ، فكان بمنزلة بعض العوض ، والتخيير بين أخذه والعفو عنه ورد البيع لاينافي ثبوته ؛ غايته التخيير بينه وبين أمر آخر فيكون ثابتا ثبوتا تخييريا بينه وبين ماذكر» .

قلت : هو وان اجاد بما حرر وأفاد ، الا أن التحقيق خلافه ، فيجوز أخذ الارش من النقدين مع التفرق ، لالانه جزء من الثمن قد انفسخ العقد بالنسبة اليه ، لعدم وصف الصحة المقابل له في المثمن فيصح أخذه حينئذ في مجلس العقد وغيره ، لبقائه حينئذ على ملك المالك ، ولاصرف فيه بوجه من الوجوه، اذ هو وان أوهمه لفظ الرد و الرجوع في النصوص ؛ بل في بعضها (١)«كان علي عليه السلام يضع من ثمن الجارية بقدر عيبها» بل و بعض عبارات الاصحاب حتى جعل فيها الخيار بالعيب من خيار تبعض الصفقة، الا ان المعلوم من الاصحاب خلافه ، ولذا لم يعرف الخلاف بينهم في سقوطه بالاسقاط الذى لاينحل الى الابراء ولا الى الهبة، ولم يثبتوا للبايع خيارا بسببه اذا كان جاهلا لتبعض الصفقة عليه في الثمن، وكونه من قبله بعد فرض جهله بالعيب لايسقطه ، ولذا لم يحكموا ببطلان المعاملة الربوية بوجود العيب في أحد العوضين المستلزم على هذا التقدير الزيادة في أحدهما، ولم يجعلوا الارش أيضاً تابعاً لخصوص الثمن ، حتى أنه لو أراد البايع دفعه من غير ذلك الثمن لم يكن له باعتبار بقاء الجزء المقابل للصحة منه على ملك المشتري مثلا ، الى غير ذلك مما لايخفى لزومه على هذا التقدير مما هو معلوم عدمه ؛ بل قد يمنع صدق أسم الارش

١ـ الوسائل الباب ٤ ـ من ابواب العيوب الحديث ١

عليه حينئذ ، وان كان المتجه عليه ما عرفت ، من أن له أخذه بعد مجلس التفرق ، بل لان الارش غرامة استحقت شرعاً بسبب العيب في المبيع بالمعاملة الصحيحة ، فهو وان كان ثابتا عوض مافات من وصف الصحة الا أنها معاوضة شرعية قهرية. لا تدخل تحت البيع حتى يجري عليها الصرف ، ضرورة عدم قصد كل من المتعاملين كون المبيع العين مثلا مع أرش العيب من الدرهم والدرهمين مثلا فلا بيع بالنسبة اليه قطعاً ، فينبغي القطع بعدم جريان الصرف أما الربا لو فرض كونه في المتجانسين فان علم من الادلة شموله لمثل ذلك جرى، والا جاز كما سمعته سابقا منا .

وعلى كل حال فالصرف ينبغي القطع بعدمه ومن ذلك يعرف مافي قوله والحق الى آخره، ومن الغريب دعوى كونه من المعاوضة الصرفية وان كان البايع مخيرا بينها وبين الرد وبين العفو، وان الاختيار او التصرف كاشف حينئذ عن الثبوت بالعقد، وانه غير مناف لثبوته على جهة التخيير، اذ هو كما ترى ،واغرب منه دعوى البطلان فيما قابله من الثمن بالتفرق اذ شمول أدلة الصرف لنحو ذلك من المعلوم عدمه، بل كاد يكون ضرورياً .

كما أن دعوى عدم تناول أدلة أخذ الارش لمثل هذا المبيع معلوم عدمها ، فضلا عن ترجيح مادل على اعتبار التقابض في الصرف على مادل على ثبوت الأرش مضافا الى مافي جامع المقاصد « من أنه يمكن أن يقال قد صدق التقابض في مجموع العوضين المقتضى لصحة الصرف و اشتراط قبض الأرش اذا كان من النقدين ليس لكونه جزء معاوضة بل لكونه من توابعها ، ومن ثم لو أسقطه مستحقه لم يلزم في المعاوضة اختلال ، كما لو كان النقدان من جنس واحد» وان كان قد يناقش فيه بأنه بناء على دخوله في المعاوضة لاريب في اعتبار قبضه في صحته وصحة مقابله اذا كان من النقدين ، وكونه عوض صفة فلا مقابل له من العوض الاخر ، يدفعه أن أحد العوضين في مقابل الأخير من جهة المالية ، ولافرق بين الجزء والصفة التي لها دخل في المالية .

نعم التحقيق ماذكرناه من أن الأرش غرامة شرعية تثبت بسبب العيب فهو كالمعاوضة القهرية ، ولولا الدليل لم يكن ثبوته مقتضى القواعد ، بل لو كان دفع الأرش ممن عليه من

الصرف باعتبار كونه نقدافي ذمةالمستحق عليه ودفعه‌عنه شراء له‌من‌المستحق وجب اعتبار التقابض فيه‌حتى فيغير الصرف ، وهومعلوم العدم ، ودعوى اختصاص ذلك في المعاملة الصرفية لاشاهدلها ولو أعطيت التأمل حقه في المقام‌بان‌لك أن كثيراً من الكلام دخان بلا ضرام وسفسطة بلاحاصل ، ومتعبة بلاطائل ، ولعل مرجع ماذكره المحقق الثاني الى ماقلناه فلاحظ وتأمل هذا .

ولكن في القواعد في المقام «أن له الأرش مادامافي المجلس فان‌فارقاه‌فان‌اخذ الارش من جنس السليم بطل فيه، وان كان‌مخالفاً صح» وفيه أنه لافرق في الصرف بين جنس المعيب و السليم، فاما أن يبطل فيهما معاً، أو يصح كذلك، اذماقيل من أنه لو دفع من جنس السليم كما لو كان العوضان دينار اوعشرة دراهم وكان الدينار معيباً من الجنس بما يقتضي نقصان قيمته بقدر درهم فان‌المبيع يكون ديناراو درهماً بعشرة دراهم ، وقد تفرقا قبل‌قبض الدراهم فيبطل الصرف فيه ، بعينه آت‌فيمالو دفع ذهباً قيمته درهم ، فانه قدتفرقا قبل قبضه ، فيجب أن يبطل كالسليم ؛ بخلاف مالودفع من‌غيرهما ، وقديريد كماحكاه الشهيد عن بعض تلامذة العلامة ماكان مخالفالجنسي المعيب والصحيح معاً ، فالمراد حينئذ بجنس السليم مطلق النقد فيوافق ماحكيناه عنه في‌التحرير .

نعم ربماظهر من العبارة المزبورة عدم‌انحصار الأرش في النقد ، وأنه كلي شامل له‌ولغيره، وتعذر بعض‌أفراده‌بالتفرق ؛يعين‌الآخر وهوالنقدأو أنه النقداذاأمكن، فان‌تعذر فغيره ، وفيه‌منع واضح لماعرفت من‌انصراف جميع الحقوق المالية الى النقد، كما أن‌ظاهر قوله بطل فيه‌أنه لايجوز دفع الأرش‌بعد ذلك، ويشكل بأنه‌أذا استحق في‌ذمته عوض نقصان أحدالعوضين ، كيف‌يبطل فيمالو عينه‌فيمالايجوز اخذه، وتخييره في جهات القضاء انما هوفيما لم‌يمنع شرعاً؛ بل‌في جامع المقاصد لوسلم تخييره‌بالنسبة اليها لم يلزم‌البطلان، بل‌عدم جوازالمطالبة بغيرها حتى‌لو تراضيا على الاداء من‌غير النقدين بعدالتعيين في أحدهما ينبغي القول بالجواز فتأمل جيداً والله أعلم .

المسألة ﴿ الثالثة: اذااشترى‌دراهم‌في الذمة بمثلها، ووجدجميع ماصار اليه‌غير فضةقبل

التفرق كان له المطالبة بالبدل﴾ قطعاً لعدم فردية ماقبضه للكلي المبيع فهو كعدم القبض بل ليس له الرضا به عوضا عن المبيع الابمعاوضة جديدة غير العقد الاول ﴿وان كان﴾ قد ظهر له ذلك ﴿بعد التفرق بطل الصرف﴾ لعدم التقابض في المجلس ﴿ولو كان﴾ قدظهر ذلك ﴿في البعض﴾ طالب بالبدل قبل التفرق وبعده ﴿بطل فيه﴾ لعدم التقابض ﴿وصح في الباقي﴾ لوجود المقتضي وكان لـه خيار تبعض الصفقة ﴿وان﴾ كان ﴿لم يخرج﴾ المدفوع ﴿بالعيب عن الجنسية﴾ لانه اضطراب سكة أو خشونة جوهر أو نحوهما وفرض كون العيب المزبور في جميع العوض ﴿كان مخيرا بين الرد﴾ لاطلاق أدلة العيب ﴿و﴾ بين ﴿الامساك بالثمن من غير أرش﴾ بناء على استلزامه الربا أولعدم ثبوته في فرد الكلي كما ستعرف من غير فرق في ذلك بين حالي التفرق وعدمه.

لكن قديفهم من جمع المصنف بين الرد والا بدال أن مراده من الاول فسخ العقد من أصله ، بل قوله في القواعد «له الرد والامساك مع الارش مع اختلاف الجنس ، و مجاناً مع اتفاقه ، والمطالبة بالبدل و ان تفرقا على اشكال » أوضح منه كقوله فـي الارشاد«له الرد والامساك بغير أرش،والبدل وان تفرقا» بل في الوسيلة «و عن المبسوط تخييره بعد التفرق بين الرضا بالبيع والفسخ والابدال» ولعل وجه الفسخ أن المبيع وان كان كلياً الاأنه تشخص بالقبض ، حتى صار كأن المبيع ذلك الشخصي فجرى عليه حكمه اذا كان مبيعاً .

واليه أشار في التذكرة حيث احتمل الفسخ معللا له بأن المطلق يتعين بالتقابض الا أنه جعل الوجه قبل ذلك عدمه الامع تعذر تسليم الصحيح،قال : «لان العقد يتناول أمراً كلياً » ونحوه ما في المختلف فانه بعد أن حكى عن الشيخ ماسمعت قال:«ولي فيه نظر فان لقائل أن يقول ليس له الفسخ كما لودفع المسلم فيه معيباً، فان له المطالبة بالصحيح دون الفسخ الامع تعذر التسليم ،فكذاهنا اذا المعقود عليه غير معين، ولايتعين المعيب بالقبض ، ولا يتحقق الفسخ »وأشكله في الدروس بأنهما تفرقا قبل قبض البدل وفيه أن البحث على فرض جواز الابدال بعد التفرق كما هو صريح ما سمعته عن المبسوط

والوسيلة ، والا فلاريب أن المتجه على تقدير العدم جواز الفسخ ، لكن على معنى أن له رد المعيب فينفسخ العقد حينئذ ، لعدم التقابض قبل التفرق ، وحينئذ يكون من قبيل تعذر تسليم الصحيح .

و من هنا جعل في التحرير عدم الفسخ لازماً للقول بالابدال ، فقال : «ولو وجد القابض عيباً فله المطالبة بالبدل قبل التفرق ، سواء كان العيب من جنسه أو من غيره ، ولو كان العيب من جنسه ورضيه جاز ، ولو طلب الارش لم يجز مع اتحاد العوضين ويجوز مع عدمه ، ولو افترقا بعد القبض ثم وجد العيب من جنسه قال الشيخ : له الابدال ، ولو كان من غير الجنس بطل الصرف ، ولو كان في البعض صح في السليم ولو طلب واجد العيب الفسخ فعلى قول الشيخ ينبغي أنه ليس له مع الابدال» ولعل مراده أن المتجه على قول الشيخ عدم جواز الفسخ وان كان هو قد صرح به كما سمعت ، و يؤيد ذلك كله ما تسمعه انشاء الله في باب السلم من الحكم بالابدال وعدم فسخ العقد ؛ ولعله لذا اقتصر في اللمعة هنا فيما نحن فيه على أن له الابدال مضافاً الى أصالة لزوم العقد وغيرها فالمتجه حينئذ حمل الرد في كلام المصنف على ارادة رد المبيع لا فسخ العقد ، ويكون الحاصل أن له الرد على كل حال ، وان أدى ذلك او كان بعد التفرق ؛ وقلنا بعدم الابدال فيه الى بطلان العقد .

والمناقشة ـ في أصل جواز الفسخ بأنه قد تشخص الكلي في المقبوض ، اذ الفرض أنه فرد له ، ولا دليل على أن العيب يسلط على فسخ مقتضى القبض ، والاصل براءة ذمة الدافع وبقاء ملك المدفوع اليه ـ يدفعها الاتفاق منهم ظاهراً على ذلك في المقام والسلم وغيرهما ، مؤيداً باطلاق مادل على رد المعيب الشامل للمقام ، و ان اختلف هو مع الشخصي بكون رده مقتضياً لفسخ العقد ، بخلاف رده هنا باعتبار أن العقد قد وقع على ماهو اعم منه ، فأقصى مايفيد رده ابطال التشخيص السابق لا اصل العقد كما هو واضح .

﴿و﴾ حينئذ ففي المقام ان رد في المجلس كان ﴿له المطالبة بالبدل قبل التفرق قطعاً﴾

لعدم المانع من التفرق ﴿و﴾ نحوه أما ﴿فيمابعد التفرق﴾ ففي الابدال ﴿تردد﴾ وخلاف فالمشهور بين من تعرض له من الشيخ وابن حمزة والفاضل والمحقق الثاني والشهيد الثاني أن له ذلك، وفي الدروس «لايجوز على الاقرب» وهو ظاهر اللمعة أيضاً وعن أبي علي أنه يجوز الابدال مالم يتجاوز يومين فيدخل في بيع النسيئة، لكنه لم يقيد بالتعيين و عدمه، وكأن وجه العدم أن الابدال يقتضي عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق، وأن المبيع حقيقة انما هو البدل، وقد حصل التفرق قبل قبضه، فيكون الصرف باطلا، فلايجوز له أخذ البدل، ويدفعه أن التقابض تحقق فى العوضين قبل التفرق، لان المقبوض و ان كان معيباً، الا أن عيبه لم يخرجه عن حقيقة الجنسية، ولاجل ذلك ملكه المشترى، وكان نماؤه له من حين العقد الى حين الرد، و الفسخ بالرد طار على الملك بسبب ظهور العيب، فيكون البيع صحيحاً، وله طلب البدل بعد التفرق، اذ ما في الذمة وان كان أمراً كليا الا أنه اذا عين في شيء وقبضه المستحق تعين وثبت ملكه له فاذا ظهر فيه عيب كان له فسخ ملكيته تداركاً لفائت حقه، فاذا فسخ رجع الحق الى الذمة فتعين حينئذ عوضاً صحيحاً، وبهذا ظهر أن الاول كان عوضاً في المعاوضة، وقد قبضه قبل التفرق، فتحقق شرط الصحة، فلايلزم بطلانها بالفسخ الطارى على العوض، المقتضي لعوده الى الذمة، وكون البدل عوضاً لايقتضي نفى عوضية غيره، فلايقتضى التفرق قبل قبضه العوض في المعاوضة.

واما ماعن الايضاح من أن جواز الابدال يستلزم عدمه، لان رده هو رفع تعيين البيع فيه، وهو يستلزم انتفاء كون المردود المبيع فى الماضى و المستقبل، لأن المبيع واحد، فلايكون قد قبض المبيع قبل التفرق فيبطل الصرف، اذ يمكن منعه عليه بالتزام عدم وحدة مايتحقق به المبيع حتى فى الزمان، فقد ظهر أن الأقوى جواز الابدال كما أن الأقوى عدم اعتبار التقابض فى مجلس الرد وفاقا للشهيدين فى الحواشي والمسالك والمحقق الثانى فى جامعه، للأصل السالم عن المعارض؛ اذ القبض الاول اما أن يؤثر فى صحة البيع أولا، و الثانى يستلزم بطلان البيع من رأس والمفروض خلافه؛ والأول

يستلزم عدم اشتراط قبض البدل ، وبالجملة أدلة التقابض انما يظهر منها اعتباره في مجلس العقد وقد حصل ، فغيره على الأصل، فما عن الايضاح من الاشتراط ضعيف كالاشكال في القواعد، وان كان وجهه أنه قبض عوض الصرف ، لأن القبض الأول قد ارتفع، وفيه ما عرفت ، فقد بان أن الأقوى عدم الاشتراط كما أنه مما ذكرنا سابقا ظهر مستند القول بالابدال وعدمه ، وأما ما عن أبي علي فهي خبر اسحق (١) عن الكاظم عليه السلام اشارة اليه قال : « سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يبيعني الورق بالدنانير وأتزن منه فأزن له حتى أفرغ ، فلم يكن بيني و بينه عمل الا أن في ورقه نفاية وزيوفا ومالا يجوز ، فيقول : انتقدها ورد نفايتها ، فقال: ليس به بأس، ولكن لا يؤخر ذلك اكثر من يوم أو يومين ؛ فانما هو الصرف ، قلت :فان وجدت في ورقه فضلا مقدار ما فيها من النفاية قال : هذا احتياط هذا أحب الي » وهي كما ترى ولو كان العيب في البعض ، فحكمه حكم الكل في جميع ذلك، الا أن في رده وحده أو رد الجميع لئلا تتبعض الصفقة على البايع ما عرفته سابقا ،كما أن الحكم كذلك أيضاً في مختلف الجنس وان زاد عليه بجواز أخذ الأرش في المجلس وبعده على البحث السابق ، لكن صرح في المختلف هنا «بأن له الارش مع التفرق» بل لعله المفهوم من عبارة القواعد أيضا وهو موافق لما قدمناه من عدم منافاته للصرف .

نعم قد أطلق هنا في المحكي عن المبسوط والخلاف والوسيلة الامساك مجاناً مع عدم تقييد الأول والثالث باتحاد الجنس وفرضه في الثاني مع اختلافه ، ولعله لأن الأرش انما يثبت في أحد العوضين اذا تعين لأن غير المعين ماهية كلية في الذمة ، وانما يحمل اللفظ على الصحيح ، فاذا دفع اليه بعض جزئيات الكلي معيبا كان له ابداله ؛ فلا يتعين كونه معيبا كي يستحق جبره بالأرش ؛ ولذا حكي عن شرح الارشاد للفخر الجزم بعدم الأرش أيضاً ، بل هو ظاهر الشهيد أو صريحه في الحواشي بل يؤيده ما تسمعه منهم فيما اذا خرج المسلم فيه معيباً من التصريح بعدم الأرش بل ظاهر المسالك هنا أنه من المسلمات ؛ وهو متجه بناء على أن له الابدال هنا، إذ لا فرق حينئذ بينه وبين المسلم فيه .

١ــ الوسائل الباب ــ٥ــ من ابواب الصرف الحديث ٢

نعم يمكن القول بثبوت الارش فيهما معاً باعتبار تشخصه بالقبض فيشمله مادل عليه في المبيع المعيب ، ولاينافيه جواز المطالبة بالابدال، أللهم الا أن يقال ان الارش انما ثبت عوضاً عن وصف الصحة الذي لايمكن تداركه الا به لو كان المبيع شخصياً أما اذا كان كلياً فهو ممكن بالابدال ، فلايلزم به البايع ومن ذلك كانت المسألة محل تردد ، وان كان الاول أقوى ان لم يكن اجماع على خلافه ، والله أعلم.

ثم انه حيث يثبت الرد لايمنعه نقص السعر عندنا ولازيادته ، للاصل و اطلاق الأدلة خلافاً لبعض العامة فجعل النقص كحدوث العيب فيه ، وهو قياس ومع الفارق، ولو تلف أحد العوضين المعينين في الصرف بعد التقابض ، ثم ظهر في التالف عيب من غير الجنس بان بطلان الصرف ، وكان العوض الآخر لصاحبه ، و يضمن التالف بالمثل ان كان نحو الذهب والفضة والدرهم و الدينار و بالقيمة في الحلي و نحوها و لو كان العيب من الجنس لم يكن له الارش مع اتحاد الجنس ، بناء على ثبوت الربا به.

نعم قيل ان له الفسخ ويرد مثل التالف أو قيمته ان لم يكن له مثل وفيه نظر، أما مع اختلافه فله الأرش على البحث السابق ، ولو كانا غير معينين وكان التالف معيباً من غير الجنس لم يبطل الصرف قبل التفرق .

نعم هو كذلك بعده ولو كان معيبا بالجنس كان له أخذ الارش مع اختلاف الجنس قبل التفرق وبعده ، على البحث السابق وليس له فسخ العقد على القول به هناك لان التلف مانع له ، والظاهر أن المطالبة بالبدل كذلك، أما متحد الجنس فليس له الارش، بناء على ثبوت الربا به ،و له الرد في وجه بل قول قد تقدم ، لتوقف تحصيل حقه عليه ، والظاهر أن الابدال كذلك ، ومن ذلك كله يعلم مافي اطلاق القواعد ، قال : « لو تلف أحدهما بعد التقابض ثم ظهر في التالف عيب من غير الجنس بطل الصرف، و يرد الباقي و يضمن التالف بالمثل أو القيمة ،ولو كان من الجنس كان له أخذ الأرش مع اختلاف الجنس والا فلا» ويمكن أن يريد المطلقين فيحتاج الى قيد التفرق ، للبطلان والامر سهل.

ولعل اضطراب كلامهم في المقام يشهد المختار سابقا؛ضرورة كون المقام من خيار العيب في غيره . وليس له أدلة مخصوصة تخصه ؛ وقد عرفت سابقا سقوطه بالتلف والتصرف ؛ فبناء على المختار من ثبوت الارش في متحد الجنس ولاربا ، وعلى ثبوته أيضاً في مختلف الجنس بعد التفرق ،ولاينا في الصرف، وعلى ثبوته في الكلي أيضا يتجه حينئذ القول بسقوط الرد المقتضي للفسخ أو الابدال بالتلف ويتعين الارش أما على غيره فيشكل مع التزامهم بسقوط الرد و الارش من حيث الربا أو الصرف أو الهبة ؛ بأنها معاملة ضررية لاجبر لها ،وبمنافاته لاطلاق أدلة العيب،ومع التزامهم برد المثل أو القيمة عوض رد العين كي يترتب عليه الفسخ أو الابدال ؛بأنه مناف لما دل هنا من اعتبار قيام العين في الرد خصوصاً الرد الموجب للابدال.

ومن ذلك يظهر لك قوة المختار المطرد على جميع الاطوار ويجوز اخلاد أحد المتعاقدين الى الاخر في قدر عوضه فيصح البيع فيما يشترط فيه القبض في المجلس قبل اعتباره ، فلو أخبر بوزن المعين فاشتراه بجنسه ثم وجد نقصا تبين بطلان الصرف قبل التفرق وبعده ؛ لاشتمال أحد العوضين على زيادة عينية يتحقق بها الربا كما صرح به الفاضل وغيره وكذا لو كان الزايد معينا والمطلق مخصوصاً بقدر ينقص عن المعين بحسب نوعه ،بل وكذا لو كانا مطلقين وكان أحدهما ينقص عن الاخر بحسب نوعه .

نعم قد يناقش في أصل تحقق الربا بذلك كما ستسمع في صورة الزيادة التي يجري مثله في صورة النقيصة ، لكن بالنسبة الى الثمن ، والاصل في المسألة ان نقصان المبيع الشخصي وزيادته في متساوي الاجزاء يقتضي بقاء الزيادة في الثمن والمثمن على ملك مالكهما وعقد البيع لم يؤثر نقلهما عن المالك؛وان كلا منهما ملك للبايع والمشتري ،وان ثبت الخيار فعلى الاول لاربا في الفرض بخلاف الثاني ، والمسألة من المشكلات كما تقدم الكلام فيها ، في أحكام العقود ، وكلمات الاصحاب ، فيها في غاية الاضطراب ؛ وفيها خبر (١) في مختلف الاجزاء يوافق الاول ، أللهم الا أن يراد منه ومن الفتاوى اثبات فرد آخر للخيار و هو الاخذ بالحصة في مختلف الاجزاء و أولى منه المتساوي من

١ــ الوسائل الباب ــ١٣ــ من ابواب الخيار الحديث ١

غير فرق بين الثمن والمثمن ،ولعله لايخلو من قوة ، وحينئذ يتجه الربا مطلقا فتأمل جيداً ، فانه دقيق جداً .

ولو اشتراه أي المعين بغير جنسه كذلك فظهر النقص تخير بين الرد والاخذ بالحصة ان كان متساوي الاجزاء ، والا تخير بين الامساك بجميع الثمن والرد على ماتقدم سابقاً في أحكام العقود فلاحظ وتأمل ، وكذا المطلق و المعين ، و المطلقين و لو كان قد وجده زايداً أوهي.

المسألة ﴿الرابعة﴾ التي ذكرها المصنف فقال : ﴿ اذا اشترى ديناراً بدينار ودفعه فزاد زيادة لاتكون الاغلطاً أو تعمدا كانت الزيادة في يد البايع أمانة و كانت للمشتري في الدينار مشاعة ﴾ كماصرح به الفاضل والمحقق الثاني هنا وغيرهما.

نعم في المسالك «المراد أنه اذا اشترى ديناراً مثلا في الذمة بدينار كذلك، وان كان قوله ودفعه قد يوهم التعيين ، اذ لو كانا معينين لبطل الصرف من حيث اشتمال أحد العوضين على زيادة عينية، و كذا لو كان الزائد معينا و المطلق مخصوصاً بقدر ينقص بحسب نوعه .

قلت : قد يناقش فيه بأن الزيادة بناءاً على أنها غير داخلة في المبيع ، للحكم بأنها للدافع كما تقدم سابقا في أحكام العقود في متساوي الأجزاء ، فكيف يلزم الربا ، وبأن الربا قد يتصور أيضاً في المطلقين اذا كان أحدهما ناقصاً عن الآخر بحسب نوعه .

و كيف كان فلا أجد خلافاً في صحة الصرف حيث لايستلزم الربا ، بأن كان الزائد مثلا ليس أحد عوضي المعاملة، وانما دفع عوضاً عما في الذمة، فاتفق أنه كان زائداً عن وزن ماجعل عوضاً ، ولايخرج بهذه الزيادة عن كونه فرداً للكلي الذي في الذمة وان كان مقدرا بالوزن الناقص ، الا أنه لم يؤخذ ذلك وصفاً مشخصاً له على وجه يخرج الزايد عن كونه فردا .

ولو فرض كونه كذلك ؛ فلاريب في بطلان الصرف اذا كان قد بان بعد التفرق و قبله يطالب بالبدل ، الا أن ذلك غير مانحن فيه ، والزيادة في الفرض للبايع قطعاً،

كالقطع بانها أمانة مالكية مع التعمد ؛ بل في المسالك «أنه محل وفاق» أما مع غيره كالغلط أوشك فيها فالاقوى كونها كذلك أيضاً ، أي بالنسبة الى عدم الضمان وفاقا للاول الشهيدين وثانيهما ومحكي المبسوط ، للاصل بعد أن كان وقوعها في يده من غير تعدمنه، بل باذن مالكها ، وليست من المقبوض بالسوم قطعا، ولا أولى منه بالضمان لو قلنا به؛ والاقدام على قبضها من العوض لم يصلح تسبيبه للضمان .

وعموم «على اليد»(١) بحيث يشمل النزاع محل منع ، خصوصاً بعد عدم الجابر له فيه ، بل في المسالك «أن الثابت على الاخذ في الخبر غير مبين ، ولعله للحفظ أو نحوه كما يرشد اليه الامانات المقبوضة باليد ؛ مع عدم الحكم بضمانها ؛ والقدر المتفق عليه وجوب حفظها .

و ان كان قد يناقش فيه بمعلومية استدلال الاصحاب به في سائر المقامات على الضمان ، فلا أقل من أن يكون ذلك مرجحا له على تقدير الحفظ ، فضلا عن فهم العرف له من لفظ على، مع أن ارادة الامرين منه ممكن، بل ربما قيل: انه أنسب باطلاقه ،فتقييده باحدهما سيما الحفظ من غير داع لاوجه له، فالاولى حينئذ في رد الاستدلال به ماعرفت ، أو أن المنساق منه الاخذ عدوانا ،أو من غير اذن المالك كما يومي اليه استدلال الاصحاب به في نحو هذا المقامات، فتأمل فما عن فخر المحققين و تبعه الكركي والسيد في الرياض من أن الاصح الضمان ضعيف .

انما الكلام في أنها أمانة شرعية ـ لعدم علم المالك بها فضلا عن قصده الامـانة ، فهي كالمتاع في الصندوق والمستعار ولم يعلم به المالك ـ أو مالكية نظـراً الى استنـاد دفعها اليه وصدق تعريفها المشهور الذي هو الاستناد الى المالك و من في حكمه عليها وجهان،أصحهما الأول ضرورة ارادة تأمين المالك لها من الأمانة المالكية ، لامجرد أخذها من يده او دفعه اياها، ولو على وجه الامانة كما هو واضح ؛ بل ما ذكر من حكم الامانة المالكية والشرعية من عدم وجوب رد الاولى على الفور، وعدم اعلام المالك بها ،

---

١ ـ سنن البيهقي ج٦ ـ ص٩٠ كنز العمال ج٥ ص٢٥٧

بخلاف الثانية ظاهر فيما ذكرنا ، اذلاوجه لذلك فيما نحن فيه،هذا.

وفي القواعد «ان لآخذ الزيادة الفسخ للتعيب بالشركة ان منعنا الابدال مع التفرق، وكذا الدافع لها اذ لا يجب عليه أخذ العوض، نعم لو لم يفترقا رد الزايد وطالب بالبدل» واليه يرجع ما في المسالك قال : و«على تقدير الغلط اما أن يتبين الحال قبل التفرق أو بعده، فان كان قبله فلكل منهما استرداد الزايد و ابداله ، و ليس للاخر الامتناع تحرزا من الشركة ، وان كان بعد التفرق فان جوزنا الابـدال للمعيب من الجنس كما تقدم ، فكذلك ، والا ثبت الخيار لكل واحد منهما لعيب الشركة» .

ونحوه في جامع المقاصد ؛ ومقتضى الجميع عدم جواز الفسخ مع جواز الابدال،و به صرح في جامع المقاصد قال : «لانه طريق الى التخلص من العيب فلا يثبت فسخ المعاوضة اللازمة ، وفيه أن مثله جار في المسألة السابقة مع أنهم حكموا بالرد والامساك والمطالبة بالبدل ؛ اللهم الا أن يدعى الفرق بين عيب الشركة وغيره ، فيتمسك في الثاني باطلاق دليل الرد به الشامل للابدال والفسخ، بخلاف الاول الذي دليله لاضرر، المرتفع بمشروعية الابدال والله أعلم.

المسألة ﴿الخامسة:روى ﴾ أبو الصباح الكناني (١) عن الصادق عليه السلام في القوى جداً ان لم يكن الصحيح مايستفاد منه ﴿ جواز ابتياع درهم بدرهم مع اشتراط صياغة خاتم ﴾ قال : «سألته عن الرجل يقول للصايغ صغ لي هذا الخاتم وأبدل لك درهماً طازجياً بدرهم غلة ، قال :لابأس »وعمل بها الشيخ في النهاية ، فقال :«لابأس أن يبيع درهماً بدرهم ويشترط صياغة خاتم أو غير ذلك من الأشياء » بل عن كشف الرموز أن الرواية مقبـولة غير مطعـون فيها ، وأن المشايخ اعتمـدوا عليها و أن المخالف صاحب الوسيلة ، وان العجلي متردد وأن العمل بها أظهر بين الأصحاب مستثنى من الآية وعموم الرواية ، وظاهره انحصار المخالف في ابن حمزة كالمحكي عن ايضاح النافع .

و ظاهر المصنف هنا العمل بها أيضاً ، بل هو صريحه فـي النافع كالفاضل

١ــ الوسائل الباب ــ ١٣ــ من ابواب الصرف الحديث ١

في التحرير ومحكي التلخيص ، بل قيل انه ظاهره في التذكرة ، وأما ابن ادريس فانه بعدأن ذكر مافي النهاية وجه الفتوى بذلك أن الربا هو الزيادة في العين اذا كان الجنس واحدا، وهنا لازيادة في العين، ويكون ذلك على وجه الصلح في العمل؛ فهذا وجه الاعتذار له اذا سلم العمل به، ويمكن أن يحتج لصحته بقوله تعالى(١) (أحل الله البيع وحرم الربا) وهذا بيع، والربا المنهي عنه غير موجود، لاحقيقة لغوية ولاشرعية و لاعرفية.

وفيه ماقد عرفت سابقامن تحقق الربا بمطلق الزيادة في المتجانسين، ضرورة عدم صدق المثل بالمثل معها، وفي صحيح عبدالرحمان(٢) ان الناس لم يختلفوا في النسيء أنه الربا، كمافي خبره الآخر(٣) «جاء الربا من قبل الشروط ، وانما تفسده الشروط » بل يمكن دعوى اتفاق الاصحاب على ذلك ، لايقال اذا كان وصف الخاتمية مثلا لايتحقق به الربا، ولذا جاز بيعه بمثله فضة غير خاتم، فاشتراطها غير قادح أيضاً، لانانقول ان الشرط هنا العمل و هو صياغتها خاتماً لاوصف الخاتمية ، و لاريب في تحقق الربا بمثله .

نعم لو كان الشرط مثلا بيعه بفضة مصوغة خاتما، أمكن عدم تحقق الربا ، لعدم اشتراط العمل، فهو كبيعه الفضة بالفضة من الدراهم مثلا، أو بفضة من جنس المصوغ على وجه خاص، ونحو ذلك بما هو أفراد للمبيع، وبالوصف والشرط يتعين بعض أفرادها، و مثله لايتحقق به الربا قطعاً، اذليس مطلق الاشتراط في أحد العوضين يتحقق به ذلك ؛ و لعل من ذلك اشتراط الخيار لاحدهما ، فانه لايتحقق به الربا أيضاً اذأقصاه صيرورة البيع بالنسبة الى أحدهما جايزاً ، بل قد يقال بعدم تحقق الربا باشتراط غير موضع العقد للتسليم ؛ نحو ما قيل في الفرض، بل لاأجد خلافا فيه بين من تعرض لذلك، كالفاضلين

---

(١) سورة البقرة الاية ٢٧٤

(٢) الوسائل الباب -١٥- ، من ابواب الصرف الحديث ١

(٣) الوسائل الباب -١٢- من ابواب الصرف الحديث ١ لكنه عن خالد بن الحجاج

والشهيد و المحقق الثاني وغيرهم والظاهر أن ذلك منهم فيه، للاصل و العمومات مع فقد المانع من نص واجماع، لاختصاصهما بالمنع عن القرض بشرط النفع، وليس الانقاد فى بلد آخر منه ، ولعل مانحن فيه كذلك ، اذليس هو الاشتراط موضع خاص من مواضع التسليم غير ما انصرف اليه العقد، وحينئذ فيكون ماورد من الصحيح (١) «فى الرجل يسلف الرجل الورق على من ينقدها بأرض أخرى ؛و يشترط عليه ذلك، قال لا بأس »ونحوه الخبر مؤكداً لما عرفته من القاعدة.

لكن فى التحرير «يجوز ان يعطى عشرة دراهم أودنانير ويشترط عليه أن ينقدها اياه بأرض اخرى مثلها فى العدد و الوزن من غير تفاضل قرضاً لابيعاً» وظاهره الفرق بين القرض والبيع فى ذلك، وفيه نظران لم يرد من جهة الصرفية .

نعم لو اشترط عليه حمل المبيع مثلا الى بلد آخر تحقق الربا، لاما اذا كان كليا واشترط خصوص موضع للتسليم؛ بل قد يظهر من خبر محمد الحلبى (٢) جواز اشتراط بيع الربوي بمثله فى عقد ربوي آخر ، قال: «سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يستبدل الكوفية بالشامية وزنا بوزن؛ فيقول الصيرفى لا أبدل لك حتى تبدل لى يوسفية «ببغلية»(٣) وزنا بوزن فقال لا بأس به ،فقلنا له: أن الصيرفي يطلب فضل اليوسفية على «البغلية » (٤) فقال : لا بأس به: فتأمل جيدا.

وكيف كان فلاريب فى أن مانحن فيه ليس شيئا من ذلك، بل متى اشترطه اونظيره من باقي الاعمال تحقق الربا، فانحصر الطريق حينئذ فى الخروج عن ذلك بالخبر المزبور

١ـ الوسائل الباب ١٢ من ابواب الصرف الحديث ١-٣-٤-٥

٢ـ الوسائل الباب ٧ من ابواب الصرف الحديث ١ مع اختلاف يسير

٣ - ٤ ـ هكذا في النسخ المصححة ، والصحيح (بغلة) بكسر الغين المعجمة كمافى الوسائل والتهذيب والكافى وياتى عن المصنف نقل تفسيرها بالمغشوش عن الفقهاء وبعض أرباب اللغة.

لكن قد يناقش فيه بعد تسليم اعتبار سنده، بانه لادلالة فيه على ذلك اذ مورده اشتراط الابدال في الصياغة لا العكس ، ومع فرض صحة وقوع هذا الابدال عوضاً عن الاجارة او الجعالة يرتفع الاشكال ، اذ لاربا في نفس عقد بيع الدرهم بالدرهم ، والمحرم منه الزيادة في عقد بيعه فيكون ذلك حيلة للتخلص من الربا .

ودعوى أنه يؤول الى كون الثمن للطازجي الغلة والعمل، يدفعها منع تحقق الربا بنحو هذا الأول ، ومع تسليمه فليست المسألة من البيع بشرط ذلك ، و يمكن أن يكون من المقاولة التي لا يترتب عليه التزام ، ولكنه لا بأس به مع التراضي من غير اشتراط ؛ كما يمكن أن يكون ذلك من الابدال الذي هو من الاعمال ؛ لا خصوص البيع منه.

وبما في الروضة والمسالك من أن الصياغة وقعت من جانب الغلة ، وقد حكي عن بعض أهل اللغة وجماعة من الفقهاء أنها المغشوش ، والطازج الخالص ، فيكون الغش حينئذ والصياغة في مقابلة مازاد عليه من الطازج ؛ وهذا لامانع منه في البيع و غيره ، وفي شرط صياغة خاتم وغيره من الصنايع و الاعيان ، فتكون الرواية حينئذ موافقة للضوابط ، ولا يقتصر على مضمونها .

وباحتمال كون المراد الصياغة بأجرتها والابدال . وعدو بغير ذلك من الاحتمالات التي تسقط الخبر عن الدلالة على ذلك الذي هو مبني على مساواة درهم الغلة و الطازج بالوزن، وأنهما مختلفان بالجودة والرداية لاغير أو بالصحة والكسر، أو أن الاول العتيق والثاني الجديد ؛ ونحو ذلك مما لا يجوز التفاضل فيهما ، ومنه بيع أحدهما بالاخر مع اشتراط الصياغة : والخبر ان لم يكن ظاهراً فيما ذكرناه فلا ظهور فيه في ذلك قطعا ، ولا جابر له ، اذ المشهور بين المتأخرين عدم العمل به على هذا الوجه ، بل صرح الفاضل في المختلف والشهيدان والمحقق الثاني والمقداد وغيرهم بعدم العمل به بالنسبة الى ذلك

واغرب منه التعدية منه الى مطلق الشرط وان كان عيناً، أو اذا كان زيادة حكمية من غير فرق بين الثمن والمثمن، وقد سمعت عبارة النهاية ونحوها عن التذكرة، مع أنه لا اشعار فى الخبر بالتعدية المزبورة ولا منقح من اجماع أو عقل .

ولذا قال المصنف : ﴿ وهل يتعدى الحكم؟ الاشبه لا ﴾ وهو كذلك كما عرفت ، ولقد أجاد فى الدروس فى اصل تحرير المسألة حيث قال: «روى أبو الصباح جواز جعل ابدال درهم طازج ، بدرهم غلة ، عوضا لصياغة خاتم ، وحكم جماعة بجواز بيع درهم بدرهم مع شرط صياغة خاتم قال ابن ادريس: لان الزيادة ليست عينا ورد بأن الربا يحصل بالزيادة الحكمية ، وظاهرهم جواز التعدية الى غير ذلك فان اعتمدوا على الرواية فلا دلالة لهم فيها، و الاوجه المنع مطلقا ، والرواية فى الاجارة لا غير ،و كان العمل يجبر تفاوت ما بين الدرهمين اذ الطازج الخالص ؛ والغلة غيره» ولا ريب فى أنه أولى من تعبير المصنف وغيره عن مضمون الرواية بأنه جواز بيع درهم بدرهم، مع اشتراط صياغة خاتم ، لما عرفت من عدم كونه كذلك والله اعلم .

المسألة ﴿السادسة﴾ قد عرفت من القواعد السابقة أن ﴿الاوانى المصوغة من الذهب والفضة﴾ يجوز بيعها بغير جنسها مطلقا وبمجموع النقدين كذلك لانصراف كل الى مايخالفه ، وبوزنهما أو أزيد من أحد الجنسين ، لانصراف الزيادة حينئذ الى المخالف ، وعن فخر المحققين هنا الاجماع عليه ؛ وبالانقص مع العلم بزيادته على ما فيهامنه زيادة تصلح للانصراف الى الجنس الاخر ، وعن الفخر الاجماع عليه هنا أيضاً ، من غير فرق فى ذلك كله بين امكان تخليص أحدهما عن الاخر بحيث لا يتلف منه شيء و عدمه ، وبين العلم بقدر كل واحد منهما وعدمه، للاكتفاء فى المعلومية بوزن المجموع ، وبين غلبة أحدهما على الاخر وعدمه .

لكن فى نهاية الشيخ الاوانى المصاغة من الذهب والفضة معاً ان كان ممايمكن

تخليص أحدهما من صاحبه، فلايجوز بيعها بالذهب أو بالفضة وان لم يكن ذلك فان كان الغالب الذهب لم تبع الا بالفضة، وان كان الغالب فيها الفضة لم تبع الا بالذهب، وان تساوى النقدان بيعت بالذهب والفضة معاً، ونحوها ما في النافع والارشاد والتحرير ومحكي السرائر، وقال قبل ذلك: «ولايجوز بيع الفضة اذا كان فيها شيء من المس أو الرصاص أو الذهب أو غير ذلك الا بالدنانير اذا كان الغالب الفضة، فان كان الغالب الذهب، و الفضة الاقل، فلايجوز بيعه الا بالفضة، ولايجوز بيعه بالذهب نقداً، هذا اذا لم يحصل العلم بمقدار كل واحد منهما على التحقيق، وان تحقق ذلك جاز بيع كل واحد منهما بجنسه، مثلا بمثل من غير تفاضل.

ولذا قال المصنف هنا في بيان حكمها، أي الأواني المزبورة ﴿ان كان كل واحد منهما معلوما ، جاز بيعه بجنسه من غير زيادة، وبغير الجنس وان زاد، وان لم يعلم وأمكن تخليصهما لم يبع بالذهب ولا بالفضة، و بيعت بهما أو بغيرهما، وان لم يمكن و كان أحدهما أغلب بيعت بالاقل، وان تساويا تغليبا بيعت بهما ﴾ وهو محصل كلام الشيخ.

كما أنه وافقه في الجملة في القواعد و محكي التذكرة فقال « والمصاغ من النقدين ان جهل قدر كل واحد بيع بهما، أو بغيرهما، أو بالاقل ان تفاوتا. وان علم بيع بأيهما شاء مع زيادة الثمن على جنسه، ولو بيع بهما أو بغيرهما جاز مطلقا ».

وقال في الوسيلة : «والمخلوط من الذهب بالفضة ضربان فان أمكن تخليص أحدهما من الاخر ولم يعلم مقدار ما فيه من الذهب و الفضة، لم يجز بيعه بالذهب ولا بالفضة ولا بالمخلوط ، فان أراد ذلك تواهباً وان علم مقدارهما جاز، وان لم يمكن التخليص وعلم مقدار كل واحد منهما جاز أن يباع بالذهب أو بالفضة أو بكليهما و بمخلوط مثله، وان لم يعلم المقدار وعلم الغالب بيع بغير الغالب فان اشتبه بيع بكليهما، وان ضم جنس آخر معه كان أحوط، وان كان كلا البدلين مخلوط كذلك لم يصح بيع

أحدهما بالاخر» وقال ابن الجنيد كما في المختلف: «واذا اختلط الذهب بالفضة لم يجز أن يشترى المختلط بواحد منهما وان كان احدهما مختلطا بنحاس او رصاص، فان كان معلوماً جاز ان يباع الفضة بمثلها، واسقط الغش، وان ابتاع المختلط منهما بشيء منهما بأن يجعل الذهب في الثمن ثمن الفضة من السلعة، والفضة من الثمن ثمن الذهب من السلعة جاز، وقول النبي ﷺ(١) «بيعوا الذهب بالفضة يداً بيد كيف شئتم» مبيح لذلك في الاختلاط والانفراد والزيادة والنقصان، فان كان العين المختلط في أحدهما لا حكم له في نفس الاسم كالاسرب الذي فيه فضة، لا حكم لها جاز شراؤه بفضة دون وزنه، ولو كان هذا حكم الذهب والفضة، فغلب احدهما كان شراء ذلك بعروض غيرهما أحب الي» والجميع كما ترى مخالف لتلك القواعد، أو فيه ما هو كذلك كما لا يخفى على من تأملها وتأمله.

وقد ذكر الشهيد في المسالك جملة من مواضع المخالفة التي تظهر بأدنى التفات هذا مع أنه لم نقف لهم على ما يشهد لهم من النصوص، سوى خبر ابراهيم بن هلال(٢) قال: «قلت لابى عبدالله عليه السلام جام فيه ذهب وفضة اشتريته بذهب أو فضة فقال ان كان تقدر على تخليصه فلا، وان لم تقدر على تخليصه فلا بأس» و خبر أبى عبدالله مولى عبد ربه (٣) قال: «سألت الصادق عليه السلام عن الجوهر الذى يخرج من المعدن وفيه ذهب وفضة وصفر جميعا، كيف نشتريه، فقال: تشتريه بالذهب والفضة جميعا» وخبر عبدالله بن سنان(٤) قال: «سالت الصادق عليه السلام عن شراء الذهب فيه الفضة بالذهب قال: لا يصلح الا بالدنانير والورق» وغير ذلك من النصوص(٥) التى تسمعها في تراب الصياغة لكن

١- سنن البيهقى ج ٥ ص ٢٨٢

٢- الوسائل- الباب -١٥- من ابواب الصرف الحديث-٥

٣-٤ الوسائل الباب ١١- من ابواب الصرف الحديث ٥-٣

(٥) الوسائل الباب-١٦- من أبواب الصرف

لادلالة فيها على تمام ماذكروه ، مع أن في سند الاول منها الذي لم يتضمن التفصيل بالتخلص وعدمه وغيره، مايمنع من العمل به، مضافاً الى عدم القول باطلاقه منهم ؛ كاطلاق غيره من النصوص السابقة المحمول قطعاً على الغالب من عدم العلم بالمساواة في شراء الممتزج بأحدهما فلاتكون مخالفة حينئذ للقواعد السابقة ،وقد يحمل كلام الاصحاب أو بعضهم على ذلك أيضا خصوصاً بعد معلومية عدم انتغابن عادة، الا أن ماذكروه من البيع بالاقل على تقدير الغلبة لامحمل له، واعتذر عنه الشهيد بارادة المحافظة على طلب الزيادة قال في الدروس : «والاناء المصوغ من الجوهرين أو الحلي منهما يباع بغيرهما أو بهما مع علم وزن المبيع، وان لم يعلم وزن كل واحد منهما ، اذا لم يمكن التخلص؛ ولو بيع بالجنس الواحد لم يجز،الا أن يقطع بزيادة الثمن» و قال الشيخ وجماعة « يباع بالاقل محافظة على طلب الزيادة »وفيه أن الزيادة المعتبرة في الثمن غير جنسه، يمكن تحققها مع الاقل والاكثر، أو مع ذلك فالارشاد الى الزيادة غير كاف في التخصيص الموجب لتوهم المنع عن غيره .

لكن قد يظهر منه عدم خلاف الشيخ الا في ذلك الذي حمله على ماعرفت، كما عساه يظهر من المحكي عن شرح الارشاد للفخر قال:«ان المصوغ من النقدين يجوز بيعه بأحدهما بوزن المجموع أو أزيد ، اجماعاً الى أن قال وان لم يبع بوزن المجموع فلايخلو اما أن يعلم زيادته على جنسه أو لا، و الاول يصح اجماعاً ثم قال ان لم يمكن التخلص فا لاصح عندي أنه لايصلح بيعه به،وقيل يصح بيعه بالانقص، وهو مشهور عند الاصحاب؛ وهذا خلاف قاعدتهم لانهم مع امكان الربا حرموا عليه الزيادة لكن بنوا ذلك على أن العاقل لايقع في معاملاته التغابن وهذا ليست امارة حسية و لاعقلية بل زعموا أنها شرعية بنص الاصحاب .

قلت يمكن أن يريدوا انه اذا بيع بالاقل كان هناك طريق للتخلص من الربا

لو اريد بيعه بأحدهما بأنقص من وزن مجموعه، بأن يشتريه مثلا بوزن نصفه من جنس الاول للقطع حينئذ بالزيادة، لان الفرض غلبة الجنس الاخر، بخلاف ما لو بيع بالجنس الاخر فلا يعلم زيادة الثمن حتى يباع بوزن مجموعه، والغالب في معاملات الناس عدم شراء المركب منهما بوزن أحدهما، ولذا اطلق فى كلامهم عدم جواز بيعه بالذهب أو الفضة كالنصوص، ونحوما تقدم في عبارة المصنف في المغشوش، كما أن قول المصنف بجواز بيع كل واحد منهما بجنسه مع العلم بقدره من غير زيادة متجه، ضرورة تحقق الربا بالزيادة، ولا يدفعها تعدد الجنس، بعد أن عين الثمن لكل منهما من جنسه، اذ الانصراف الى المخالف انما هو اذا بيع بالمجموع من غير تعيين.

وكيف كان ان أمكن ارجاع كلام الجماعة جميعه أو بعضه الى مقتضى القواعد السابقة فمرحبا بالوفاق، والا كان محلا للمنع، لعدم دليل صالح للخروج به عنها، كما هو واضح.

ثم ان مقتضى الادلة السابقة الصريحة في اشتراط المماثلة ببيع المتجانسين، و حرمة التفاضل و المبالغة في شدة حرمة الربا اعتبار القطع هنا بزيادة الثمن على المجانس اذا اريد البيع بجنس أحدهما، ليتخلص من الربا، بصيرورة الزيادة في مقابلة الجنس الاخر كما صرح به فى الدروس و استجوده فى الروضة، وتعذر العلم أو تعسره الا بالتخلص الموجب ضرراً بتلف البعض، لايجوز الاكتفاء بغيره، ولو كان ظنا غالبا، خلافاً للمعة فاكتفى به لعسر العلم اليقيني بالقدر غالباً، ومشقة التخليص الموجب له، وفيه منع، ولو سلم فليبعه بغير الجنس أو بضمه اليه، نعم قد يقال حيث لايمكن التخلص من ضرر عدم العلم الا به بالاكتفاء مع أنه لايخلو من نظر أيضاً فتأمل. والمراد بامكان التخلص أن يتخلص من دون أن يتلف شيء أو ينقص قدره أو وصفه والله أعلم.

المسألة ﴿السابعة﴾ : _ قد عرفت مما تقدم من القواعد السابقة كيفية بيع ﴿المراكب﴾ والسيوف وغيرها ﴿ المحلاة ﴾ بأحد النقدين ف ﴿ان علم﴾ قدر ﴿ما فيها بيعت بجنس الحلية بشرط أن يزيد الثمن عما فيها ﴾ ليتخلص من الربا بمقابلة الزيادة لذي الحلية ﴿أو توهب﴾ بعد البيع أو قبله ، فتكون الحلية حينئذ مبيعة منفردة فلا يحتاج الى ﴿الزيادة﴾ بل لايجوز معها لتحقق الربا .

نعم يجب أن يكون الاتهاب ﴿من غير شرط﴾ في بيع الحلية بمساويها، والا كان ربا كما عرفته فيما تقدم، ولو وهبه قبل البيع صح، ولو اشترط في عقد الهبة بيع الحلية بالمساوي خلافاً للمسالك فلم يجوزه أيضاً وكأنه لانه يؤل الى البيع بشرط الهبة، وفيه منع، هذا اذا أريد البيع بجنس الحلية ﴿و﴾ أما لو باعه ﴿ بغير جنسها﴾ فلا اشكال في الجواز ﴿مطلقا﴾ سواء زادت قيمته عليها أولا وسواء اشترط الهبة لو كان البيع للحلية خاصة أولا ﴿و﴾ أما ﴿ان جهل﴾ المقدار فالظاهر عدم الاشكال في أصل البيع ، لعدم اشتراطه هنا بالوزن، للاصل المعتضد بالسيرة، واطلاق النصوص سواء تمكن من النزع بلا ضرر أولا ، لكن قد يوهم قوله في المتن ﴿ولم يمكن نزعها الا مع الضرر، بيعت بغير جنس حليتها﴾ عدم الجواز مع التمكن: ونحوه الدروس، بل عن حواشي الشهيد التصريح بأنه لايجوز بيع المحلى المجهول الا بعد تخليص الحلية ، الا ان يحصل نقص أو ضرر، فيجوز مجهولا بالاخر، وفيه منع واضح .

نعم لا يرتفع حكم الربا بذلك للاكتفاء فيه بوزن جنسه، و ليس هذا كالغزل الذي خرج بالصفة عن كونه موزوناً الذي قد صرح في النصوص(١) بجواز بيعه متفاضلا بل هو كغير الموزون لكبر أو صغر بل هو أولى منهما عند التأمل ، ضرورة موزونية الحلية لو كانت منفردة الا أنها بالوضع على المحلى، وصعوبة النزع والتضرر به بيعت

---

(١) الوسائل الباب -١٧- من ابواب الربا الحديث -١٢ وباب -١٩- منه ايضاً

بلاوزن ،تبعاً للمحلى .

نعم يمكن التوقف في بيعها منفردة مجهولة،بل لعل الأقوى فيه العدم ؛ وكيف كان فماذكره المصنف من البيع بغير جنس الحلية لااشكال فيه ولاخلاف ﴿و﴾ أما ﴿ان بيعت بجنس الحلية﴾ فمقتضى القواعدالسابقة بل حكي الاجماع عليه هنا ونفي الخلاف فيه آخر، مضافاً الى ماسمعت من النصوص(١) جوازه اذا كان الثمن زايداً عليها،حتى يكون في مقابلة ذي الحلية،أما اذا كان أقل فلايجوز اجماعاً محكياعن الخلاف، معتضداً بنفي الخلاف من غيره ، بل ومحصلا لتحقق الربا، وقدسأل منصور الصيقل(٢) أباعبدالله عليه السلام «عن السيف المفضض يباع بالدراهم فقال: ان كانت فضته أقل من النقد فلابأس وان كان أكثر فلايصلح» ونحوه مضمر أبي بصير (٣) وهو قرينة علي وهم الراوي عنه في خبره الاخر(٤) قال:«قلت لابي عبدالله عليه السلام :السيف أشتريه وفيه الفضة تكون الفضة أكثر أو أقل، قال:لابأس» أوعلى أن المراد به فيفضته قلة أوكثرة على اختلاف أفراده فيقيد حينئذ بخبره الاول أي اذا كان ثمنه أكثر فلابأس، أو كان مع الضميمة أوغير ذلك، جمعا بينه وبين ماعرفت من القواعد السابقة وغيرها .

لكن ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ في النهاية ﴿يجعل معها شيء من المتاع ، وتباع بزيادة عمافيها تقريباً دفعاً لضرر النزع﴾ قال فيها : « ومتى كانت محلاة بالفضة و أرادوا بيعها بالفضة وليس لهم طريق الى معرفة مقدار مافيها ليجعل معهاشيئاً آخر و بيع حينئذ بالفضة اذاكان أكثر مما فيها تقريباً ، ولم يكن به بأس» ولم أجده لغيرها ، نعم نسبه في التنقيح الى المبسوط والخلاف؛ وفي مفتاح الكرامة، لم أجده تعرض لذلك في الكتابين بعد فضل التتبع، ويؤيده اقتصار جماعة على نسبته اليها .

١- الوسائل الباب ١٥- من ابواب الصرف

٢- ٣- و٤- الوسائل الباب ١٥ -من ابواب الصرف الحديث ٧و٨و٩

وعلى كل حال فظاهرها كما قيل اعتبار الضميمة مع الحلية، بل عن حواشي الشهيد نسبته الى محققيهم. ولاوجه له، ضرورة عدم الفائدة لها بعد ان كان المحلى مضموما اليها، بل تستدعي زيادة في الثمن في بعض الاحوال. نعم لو ضمت الى الثمن المجانس افادت عدم اعتبار كثرته على المقابل؛ لاشتمال كل من العوضين حينئذ على جنسين ،وقد عرفت انتفاء الربا فيه فتوى ونصاً، وحمل عبارة النهاية والمتن على ذلك ممكن، الا انه عليه لاينبغي اعتبار كثرة الثمن لاتحقيقاً ولاتقريباً ، اللهم الا ان يريد انه يعتبر الضميمة اى الثمن اذا كان مجانساً الى الحلية، ولم تكن كثرته محققة بل تقريبية، فاذا أريد بيعه على هذا الحال اعتبر الضميمة الى الثمن، لكن الجميع كماترى تكلف في تكلف .

ونحوه ما قيل من الاعتذار له على تقدير ارادة الضميمة الى الحلية بأنه لعله يريد أن يبيعها منفردة لايجوز مع الجهل بقدرها وجهل المقابل لها ، فيضم اليها المحلى أو شيء آخر حتى يكون سبباً لتكثير الثمن على وجه يقطع بزيادته عليها، اذ هو أبعد مما ذكرنا، و من هنا قيل ان الشيخ قد تبع في ذلك رواية حملت على سهو الراوى، قلت : هى خبر عبدالرحمان،(١) وقد رواه في المحكى عن كشف الرموز «سألته عن السيوف المحلاة فيها الفضة: نبيعها بدراهم بنقد قال : كان أبي يقول يكون معها عروض أحب الى »وعود الضمير فيه الى الدراهم ممكن، بل هي أقرب من السيوف. والموجود في محكي التهذيب والكافي(٢) «سألته عن السيوف المحلاة فيها الفضة تباع بالذهب الى أجل مسمى فقال: ان الناس لم يختلفوا في النسيء انه الربا، وانما اختلفوا في اليد باليد ، فقلت له : فنبيعه بدراهم بنقد، فقال: كان أبي عليه السلام يقول: يكون معه عرض احب الي؛ فقلت: اذا كانت الدراهم التي تعطى اكثر من الفضة التي فيها، فقال: فكيف لهم بالاحتياط بذلك، قلت له: فانهم يزعمون أنهم

---

(١) المستدرك ج٢ ص٤٨٣ وهي قطعة من الرواية ولها صدر وذيل

(٢) الوسائل الباب - ١٥ من ابواب الصرف الحديث - ١ مع اختلاف يسير

يعرفون ذلك، فقال : اذا كانوا يعرفون ذلك فلابأس يجعلون معه العرض أحب الى» .

وتذكير ضمير معه وان كان كتذكير الضمير في نبيعه المعلوم ارادة المحلى منه، لكن قد يشهد لرجوعه الى النقد أو الى الثمن المفهوم من المقام، بل لو أنث أمكن رجوعه الى الدراهم لا السيوف ، بل قد يشهد لذلك أيضاً قول السائل فقلت الى آخره، ضرورة ظهوره في أن السائل قد فهم ارادة العروض مع الدراهم، فسأله عن الاحتياج اليه مع فرض كثرة الدراهم، فأجابه ﷺ أنه لاسبيل غالباً الى معرفة ذلك؛ فقال له: انهم يزعمون المعرفة فقال له: لابأس على هذا الفرض، الا أنه ومع ذلك « فالعروض أحب» لعدم كون المعرفة على جهة اليقين من المتعاملين، وأمر الربا شديد ينبغي شدة الاحتياط في التحرز، على أن الموجود فيما حضرني من نسخ التهذيب والكافي المعتمدة؛ والا يجعلون الى آخره ، على معنى أنهم ان لم يعرفوا ذلك يجعلون، ويكون المراد من قوله أحب حينئذ الوجوب، نحو ماسمعته في صدره.

وعلى كل حال فقد اتضح المراد بالخبر ويمكن حمل عبارة الشيخ عليه، والا كان سهواً من قلمه الشريف ، كما أن ما في ظاهر الارشاد من تعين البيع بغير الجنس مع الجهل؛ بل والقواعد يجب حمله على ماهو الغالب من عدم القطع بالزيادة.

ثم ان ظاهر الخبر المزبور ان منع النسيئة في بيع الاثمان بعضها ببعض من جهة الربا ولو مع اختلاف الجنس ، والمعروف أن المنع في الاخير لاعتبار التقابض في الصرف، أللهم الا أن يكون اعتباره من جهة لزوم الربا غالباً على تقدير عدمه في أحدهما على وجه النسيئة، كما هو صريح بعض العبارات المحكية عن المبسوط، ولا بعد فيه ،اذ غايته تحقق الربا في الاثمان بذلك مضافا الى التفاضل في الجنس ؛ والامر سهل ، الا أن قوله وانما اختلفوا الى آخره. ظاهر في وقوع الخلاف باعتبار التقابض فيه، لان المراد به اختلافهم في اعتباره فيه وعدمه بعد اتفاقهم على منع النسيئة، مع أنه لم نعرف خلافا في

اعتباره في بيع النقدين، اللهم الأأن يكون ذلك اشارة الى ماذكره محي السنة من العامة على ماقيل : من أن ذلك الى التفاضل في الجنسين يداً بيد كان قديما في عصره ﷺ ، و نسخ، وبقي عليه أقوام لم يصل اليه النسخ.

وعلى كل حال فهو صريح في عدم جواز البيع نسيئة وقال أبو بصير(١) « سألت أباعبدالله عليه السلام عن بيع السيف المحلى بالنقد، فقال : لابأس به، قال : وسألته عن بيعه بالنسيئة، فقال: اذا نقد مثل مافي فضته فلابأس، أو ليعط الطعام» وقال أيضاً في خبر ابن سنان(٢):«لابأس ببيع السيف المحلى بالفضة بنساء اذا نقد ثمن فضته والا فاجعل ثمن فضته طعاماً أو لينسيئه ان شاء».

فمافي مرسل اسحاق بن عمار(٣) ظاناً أن الراوي عبدالله بن جذاعة قال : « سألت أباعبدالله عليه السلام عن السيف المحلى بالفضة يباع بنسيئة قال: ليس به بأس، لان فيه الحديد والسير» يجب تقييده بما اذا نقد مثل مافيه من الفضة، أو أن البيع كان بعرض أو غير ذلك، كما انه يجب حمل خبر محمد (٤) قال: «سأل عن السيف المحلى والسيف الحديد المموه بالفضة نبيعه بالدراهم قال: نعم وبالذهب وقال: انه يكره أن تبيعه نسيئة؛ وقال : اذا كان الثمن أكثر من الفضة فلا بأس » على ارادة الحرمة من الكراهة لو كان البيع بالنقد؛ وفي التهذيب بع بالذهب ، مكان نعم وبالذهب ، ولعله أولى؛ ويكون قوله أخيراً اذا كان الى آخره تقييداً للجواز بالدراهم.

وعلى كل حال فمقتضى اطلاق النصوص المزبورة وما شابهها من الفتاوى المتضمنة لوجوب نقد مايقابل الحلية لو كان الثمن نقداً في المجلس وتأجيل ماعداه ؛ جريان حكم الصرف عليه اذا بيع بالاثمان، ولو ضم اليها غير ثمن فيقبض مايقابل الحلية

(١و٢) و٣-٤- الوسائل الباب ١٥ من ابواب الصرف الحديث ٣-٦-١٠-٤

منها ويؤخر الباقي ان شاء؛ بل صرح به في الدروس فقال: «لو جمع بين الربوي وغيره في عقد جاز، فان كان مشتملا على أحد النقدين، اشترط قبض مايوازيه في المجلس» وهو مؤيد لماذكرنا سابقاً من أن المراد بانصراف كل جنس الى مايخالفه عدم الربا خاصة، لا أن ذلك جار في غيره من الاحكام التي منها الصرف، فلا يجب التقابض؛ لانصراف كل الي مـا يخالفه؛ فـلا يكون من الصرف الذي هو بيع الأثمان بعضها ببعض، والله أعلم هذا.

وقد عرفت فيما تقدم أنه يجب العلم بكثرة الثمن اذا كان من جنس الحلية عليها؛ وفاقا للدروس والروضة وغيرهما؛ وظاهر الباقين، ولا يكفي الظن احتياطا من الربا؛ و للشك في شرط الجواز هنا، ولغير ذلك، لكن في اللمعة هنا «وحلية السيف والمركب يعتبر فيهما العلم ان أريد بيعها بجنسها فان تعذر كفى الظن الغالب» وفيه ماعرفت سابقاً فلاحظ وتأمل.

المسألة ﴿الثامنة لو باع ثوبا بعشرين درهماً﴾ مثلا ﴿من صرف العشرين بدينار لم يصح لجهالته﴾ كما عن المبسوط التصريح به أيضاً قال: «اذا اشترى ثوبا بمائة درهم من صرف عشرين درهماً بدينار لم يصح الشراء، لان الثمن غير معين ولا موصوف بصفة تصيره معلوماً» وفيه ان المتجه الصحة مع عدم الجهالة؛ ودعوى لزومها له ممنوعة، ومن هنا قيد البطلان في القواعد بتعدد الصرف بالسعر المذكور أو جهله، وقال في الدروس: «صح مع العلم لا مع الجهل» وفي المختلف «اطلاق الشيخ ليس بجيد، لان مع وجود دراهم صرفها ذلك يصح البيع» وقد يستفاد من تعليل المتن التقييد أيضاً، لكن في المسالك «ان تعليله المنع بالجهالة يقتضي اثباتها وان وجد في المعاملة نوع صرفه ذلك وعلم به»

قلت: بهذا التعميم صرح في التذكره، حتى قال: «لو كان نقد البلد صرف العشرين بدينار لم يصح أيضا لان السعر يختلف. ولايختص ذلك بنقد البلد» وفيه ان المانع من الصحة انما هو جهل الدراهم، وهي على هذا التقدير معلومة، والاطلاق منزل على نقد البلد أو الغالب ان تعدد. فمتى كان نقد البلد معيناً لذلك الصرف؛ أو الغالب وعين نوعاً بذلك صح، كما أنه يصح مع فرض العلم في غيرهما أيضاً. وتعدد أفراد العشرين بالصرف المزبور اذا لم يختلف الغرض باختلافها غير قادح، اذ هو كافراد كلي الدرهم مثلا. والحاصل هذه المسألة جزئية من مسائل الجهل والعلم، فيدور الحكم في الصحة والفساد عليهما، ولعله مراد الشيخ من اطلاقه؛ كما أن اطلاق بعض من انتقد عليه كذلك، والامر سهل بعد وضوح الحال.

المسالة ﴿التاسعة لو باع ماءة درهم بدينار الادرهماً﴾ منه ﴿لم يصح﴾ بلاخلاف أجده ﴿للجهالة﴾ بالدينار أو الدرهم أو نسبة الدرهم الى الدينار، لعدم تحققها باعتبار عدم ضرب السلطان قيمة للدينار؛ أو لعدم علم المتعاقدين بها، بل لو علم أن الدرهم يساوي ربع مثقال من الدينار؛ الاأنه لم يعلم نسبته اليه لعدم العلم بوزن الدينار، يمكن البطلان أيضاً للجهالة، وفيه وجه بالصحة مع عدم علم الاستغراق، بل وفي سابقه وان كان ضعيفا، اما لو علم ذلك وعلم وزن مجموع الدينار الاأنه لم يستحضر النسبة، أنها ربع أو اكثر أو أقل فالاقوى الصحة فيه.

﴿وكذا﴾ الحكم ﴿لو كان ذلك ثمنا لمالاربا فيه﴾ ضرورة بناء المسألة على العلم والجهل الذين يعمان كل بيع، وقد روى السكوني(١) عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام «في رجل يشتري السلعة بدينار غير درهم الى أجل، قال: فاسد؛ فلعل الدرهم

(١) الوسائل الباب ٢٣ من ابواب احكام العقود الحديث ٢

يصير بدينار» ومقتضى التعليل فيه بل والقواعد أنه لو اشتراه مستثنيا منه الدرهم، في وقت العقد وكان معلوم النسبة عندهما صح، ولو كان نسيئة، بل هذا هو مراد الاسكافي فيما حكي عنه، لو باع ثوبا بماءة درهم غير دينار نقدا جاز؛ فان باعه نسيئة لم يصح البيع. لانه لا يعلم قدر الدينار من الدرهم وقت الوجوب، وكذا كل ما اختلف جنساه.

كما أن ما عن الشيخ في المبسوط يجب حمله على عدم علم المتعاقدين حال العقد؛ قال: «اذا اشترى ثوبا بماءة درهم الا دينارا، أو بماءة دينار الا درهما لم يصح، لان الثمن مجهول، لانه لا يدرى كم حصة الدرهم من الدينار، ولا حصة الدينار من الدرهم الا بالتقويم والرجوع الى أهل الخبرة، ونحوه عن ابن البراج والكراهة في خبر حماد بن ميسر(١) «عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم. لانه لا يدرى كم الدينار من الدرهم» يراد بها الحرمة أو أنه لا يعلم خصوص الثلث والربع مثلا، نحو خبر وهب(٢) عن جعفر «عن ابيه عليهما السلام أنه كره ان يشترى الرجل بدينار الا درهما أو الا درهمين نسيئة، ولكن يجعل ذلك بدينار الا ثلثا، والا ربعا والا سدسا، أو شيئا يكون جزءا من الدينار» ومنه ﴿و﴾ من غيره يعلم أنه ﴿لو قدر قيمة الدرهم من الدينار﴾ بجزء مشاع فاستثناها ﴿جاز لارتفاع الجهالة﴾ بل لو قال استثني الدرهم مع العلم منهما بما يخصه من الدينار. فهو كناية عن ارادة استثناء ذلك الجزء صح، بل لو لم يستحضرا النسبة الا أنهما يعلمانها بأدنى التفات لم يبعد الجواز لارتفاع الجهالة والله أعلم.

المسألة ﴿العاشرة: لو باع خمسة دراهم﴾ مثلا ﴿بنصف دينار﴾ مثلا ﴿قيل﴾: والقائل الشيخ وغيره بل لا أجد فيه خلافا صريحا ﴿كان له شق دينار﴾ بمقتضى الحقيقة اللغوية ﴿ولا يلزم المشترى﴾ شق ﴿صحيح﴾ لعدم كونه شق دينار حقيقة، وانما هو نصف مثقال يساوى شق دينار ﴿الا ان﴾ يشترط أو ﴿يريد بذلك﴾ الصحيح من ﴿نصف المثقال عرفا﴾ فان لم يكن عرف أو شرط أو قرينة حمل على الحقيقة

كماهو الضابط، لكن عن التذكرة البطلان مع عدم التعيين اذا اختلفت العرف، للجهالة، وفيه منع اذا لم يصل على حد الاشتراك ﴿وكذا الحكم فى غير الصرف﴾ ضرورة ابتناء المسألة على مالا يخصه.

وعلى كل حال فلو اشترى منه مبيعاً آخر بنصف دينار فعليه شقان؛ فان بذل له ديناراصحيحاً زاده خيراً ولوشرط عليه فى العقد الثانى اعطاء صحيح عنهما صح ؛ لعموم «المؤمنون عند شروطهم » (١) السالم عن معارضة مقتضى البطلان من الجهالة وغيره، سواء لزم العقد الاول أولا ، خلافا للمحكي فى المختلف عن مبسوط الشيخ فأبطل الثانى خاصة اذاكان الاول قدلزم وانقطع الخيار بينهما فيه ، معللاله بأنه لم يرض بأن يكون ثمن الثوب الثانى نصف دينار حتى يزيد فى ثمن الثوب الاول، فيجعل المكسور من دينار صحيحاً، وهذه الزيادة لاتلحق بالاول لابرامه ، ولان الزيادة مجهولة، فيكون الثمن فى الثوب الثانى مجهولا فيبطل، وان كان العقد الاول لم يلزم لبقاء الخيار فيه بينهما فسدامعاً، لان زيادة الصفة منفردة عن العين مجهولة، فلايصح الحاقها بالثمن فلم تثبت فلم يرض بكون النصف دينار ثمنا حتى يكون معه هذه الزيادة فى ثمن الثوب الاخر فصار الثمن مجهولا، وفيه بعد تجشم توجيه استدلاله، خصوصا الثانى، بارادة الفسخ حيث لم يرض الابذلك المتعذر، منع الجهالة، ومنع عدم صحة لحوقها الاول ، و ان كان قدأبرم، اذ حاصله تعيين فرد من أفراد الدفع بالشرط، ولامانع منه كما هو واضح، هذا وقد وقع فيماحضرنى من نسخة الدروس خلل فى النقل عن الشيخ حيث حكى عنه عكس ماذكرنا فلاحظ وتأمل.

﴿و﴾ أماحكم ﴿تراب الصياغة﴾ المجتمع فيه غالبا من الذهب و الفضة والرصاص وغيرها، فقدمرما يستفادمنه حكمه فى تراب المعدن وفى الاوانى وغيرها،

(١) الوسائل الباب ٦ من ابوب الخيار الحديث ٢ و باب ٢٠ من ابواب المهور الحديث ـ ٤

اذلافرق بين الجميع في ذلك فـ ﴿يباع﴾ حينئذ ﴿بالذهب والفضة﴾ مثلا ﴿معاً أو بعوض غيرهما﴾ وباحدهما مع القطع بزيادته على مجانسه، أو بضم جنس آخر من نحاس أو غيره عليه؛ والامر ببيعه بالطعام في الخبرين الاتيين (١) دفعاً لكلفة مشقة تحصيل العلم بالزيادة لو أريد بيعه بأحد الجوهرين لأنه يتعين ذلك فيه للاجماع على خلافه.

انما الكلام في حكمه باعتبار أنه مجتمع من مال الناس غالباً ـ وظاهر المتن وغيره بل قيل انه لاخلاف فيه أنه مجهول المالك فيتصدق به أو يباع ﴿ثم يتصدق به لان أربابه لا يتميزون﴾ غالباً ولو في محصور قال علي بن ميمون الصايغ (٢) « سألت أبا عبدالله عليه السلام عما يكنس من التراب فأبيعه فما أصنع به؟ قال: تصدق به؛ فامالك وإما لاهله، فقلت له: فان كان فيه ذهب وفضة وحديد فبأي شيء أبيعه؟ قال: بعه بطعام، قلت: فان كان لي قرابة محتاج أعطيه منه؟ قال: نعم» وفي خبره الاخر (٣) «سألته عن تراب الصواغين وانا نبيعه، قال: أما تستطيع ان تستحله من صاحبه قال: قلت لا، اذا أخبرته اتهمني، قال: بعه، قلت: فبأي شيء نبيعه؟، قال: بطعام، قلت: فأي شيء أصنع به، قال: تصدق به، إما لك، واما لاهله، قلت: ان كان ذا قرابة محتاجاً فأصله قال: نعم».

الا أن الاخير منهما مناف لما صرح وا به، من غير خلاف يعرف بينهم فيه، من أنه ان علم صاحبه ولو في محصور وجب التخلص منه، وخوف التهمة لا تبيح التصرف في مال الغير، سيما مع امكان ايصال حقه اليه؛ أو الاستحلال منه، بوجه لا يوجب التهمة، فميل بعض المحدثين الى العمل بالخبر المزبور ـ الذي يمكن دعوى الاجماع على خلافه ـ في غير محله، فلابد من طرحه، أو يقال ان السيرة المستقيمة المعلوم كشفها على اعراض المالك عن ذلك في الصياغة والخياطة والحدادة وغيرها، والا فلا ينكر أن الغالب معرفة الصاحب جميعهم أو كثير منهم ولا أقل عند الفراغ من العمل، فيتجه وجوب الاستحلال منه عنده

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الصرف ١ ٢

(٢ و٣) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الصرف الحديث ١ و٢

كما اعترف به في الروضة، مع أنه لم يعرف من أحد منهم وفيهم الثقات والابرار استحلال نحو ذلك أو اخباره به، وليس في الخبرين المزبورين اشارة اليه، فيمكن بناء ذلك على ظهور الاعراض؛ الا أنه لما كان يمكن أن لايكون معرضا استفهم الامام عليه السلام عن ذلك، لارادة كمال الاحتياط، وحيث أن السائل أجابه بخوف التهمة رجح الاخذ بالظاهر المزبور والاعراض عن الاحتياط المستحب، بل لعل قوله عليه السلام فيها «امالك أو لاهله» يؤمي الى ذلك، أيضاً بناء على أن المراد به هو لك ان كان ظهور الاعراض كذلك في الواقع، والافهو لاهله لعدم الاعراض في الواقع، وان كان هو الظاهر من حال المالك، لأن المراد به لك ان ظهر المالك ولم يرض بالصدقة، والافهو لاهله، كما صرح به بعضهم، بل جعلوه مؤيداً للقول بالضمان لو تصدق بمجهول المالك، ثم ظهر صاحبه ولم يرض بالصدقة الذى منشأه عموم مادل على ضمان ما أخذت اليد خرج منه ما اذا رضي الصاحب، أو استمر الاشتباه، بالاجماع فيبقى الباقي.

وفيه منع تناول العموم لمثل المقام المأمور شرعاً بالتصدق به، الظاهر في وقوع الصدقة عن المالك؛ وأنها طريق الايصال الى المالك بعد تعذر غيرها، لحصول اليأس منه فلو سلم أن المراد بأخذ اليد ماهو أعم من العدوان وأن الاذن الشرعية لاتنا في الضمان، أمكن دعوى خروج المقام من الاول وظهور عدم الضمان من الامر بالتصدق به الظاهر فيما عرفت،

ومن هنا قيل بعدم ترتب الضمان في التصدق بمجهول المالك، وهو لايخلو من قوة، وحينئذ فحمل الخبر عليه كما ترى، خصوصاً بعد منافاة ذلك للقواعد المعتبرة التى لايصلح الخروج عنها بمثل ذلك، على أن الغالب كما عرفت عدم جهل الصاحب، بل اعترف السائل بمعرفته؛ الا أنه لم يستحله لخوف التهمة؛ وحمله على ارادة التقصير بذلك من أول الامر ثم جهله تهجس يأباه الظاهر، فالاولى القول بأن مخرج الخبرين ماقلنا .

وحينئذ فلا ينبغي استفادة بعض أحكام مجهول المالك منهما، وكما عساه يظهر من

بعضهم؛ فخير بين الصدقة بعين المجهول كما هو مقتضى الامر بها في نصوصه، أو بقيمته للخبرين السابقين؛ اذفيه ما عرفت، والمناقشة فيه بان الاعراض مالم يعلم لايجوز نية التملك بالمعرض عنه، واذاعلم لم يبق احتمال البقاء على الملك، يدفعها منع اعتبار العلم بمعنى اليقين فيه، بل يكفى فيه ظهور ذلك من المالك ولومن فعله؛ كترك المسافر حطبه وعلف دابته ونحو ذلك، بل عن الكفاية نفي البعد عن الاكتفاء فيه بالظن، مع عدم قضاء العادة على خلافه، ولعله يريد ماذكرنا؛ فحينئذ يتجه استحباب الاحتياط بالصدقة به، اماله أولاهله، ان لم يكن اجماع على الوجوب.

وكذا المناقشة في أصل التملك بالاعراض وان علم، كما في الرياض قال: «ان كان اجماع والافللنظر فيه مجال، حيث لم تنهض حجة على انتقال الملك، وجواز التصرف بمجرد نية الاعراض، مضافا الى اطلاق الخبرين بالتصدق؛ اذيكفي في دفعها السيرة القطعية المؤيدة برجوع الاعراض الى اباحة التملك لمن يريد تملكه» فتأمل هذا.

وربما يقال ـ في خصوص المقام من جهة النص و الفتوى المشتملين على الامر بالصدقة به، مع عدم كونه مجهول المالك بالنسبة الى اغلب افراده، ولو في جملة ولا اعراض محقق، وكون المتعارف في الصاغة أنه يصوغ لنفسه ولغيره، وتقع أجزاء منهما ـ أن هذا موضوع خاص أمر بالصدقة فيه عمن هوله سواء كان الصائغ أوغيره، وحينئذ فلا يستفاد منه حكم مجهول المالك، ولايجرى عليه حكم الاعراض.

ثم انه بناء على أن المقام من مجهول المالك ذكر بعضهم أن مصرف هذه الصدقة مصرف الصدقات الواجبة، ومقتضاه المنع من اعطائه الغني والهاشمي، ومن وجبت نفقته، بناء على منعهما منها، وغير ذلك من أحكامها. وفيه أنها غير واجبة على المالك، بل هي مندوبة بالنسبة اليه؛ وان وجبت على من في يده فالمتجه جريان أحكام المندوبة عليها.

نعم قد يقال بانصراف الاطلاق الى ارادة الفقراء والمساكين هنا، وقد سمعت مافي الخبرين من اعطائها القرابة المحتاج، بل في الرياض «لاخلاف بين الاصحاب فيه وفي

جواز الاعطاء للعيال اذا كانوا بصفة الاستحقاق» ولعله للاطلاق، ولفحوى الجواز في دفع الزكاة ليفرقها؛ ويستفاد منه جواز أخذه منه لنفسه مع الشرط المذكور ان قلنا بذلك ثمة؛ لو دفعت اليه للصرف للفقراء ر أهل المسكنة وهو بصفتهم، ولاريب أن الاحوط الصدقة به على غيره، بل لا يخلو القول به اذا كان هو المتصدق من نظر، أما لو دفعه الى الحاكم فتصدق به عليه أمكن الجواز؛ ولتحقيق الحال في حكم مجهول المالك مقام آخر والله أعلم.

المسألة الحادية عشر يجوز التصارف بما في الذمم اذا كان حالا ومختلف الجنس، بناء على أنه ليس من بيع الدين بالدين الممنوع منه، وأنه يختص ببيع الكالي بالكالي أي المؤجل بالمؤجل، فلو كان لواحد على الاخر ذهب مثلا، وللاخر عليه دراهم فتصارفا بما في ذممهما صح؛ ولا يحتاج الى تقابض فعلي، لما عرفت من أن ما في الذمة مقبوض، قال عبيد بن زرارة(١) «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الصيرفي ماءة دينار؛ ويكون للصيرفي عنده ألف درهم فيقاطعه عليها؛ قال: لابأس» لكن استشكل فيه في القواعد بل عنه في التحرير وولده في الايضاح الجزم بالعدم كالدروس لانه بيع دين بدين.

نعم قال في الأخير« ولو تهاترا احتمل الجواز» قلت: بل هو قوي لعدم دليل على كون الوفاء من البيع، بل ظاهر الادلة خلافه، مؤيدا بعدم قصد البيع والشراء؛ وعدم المحافظة على أحكامه، اذ قد يقبض وفاء ما لا يعرف قيمته وقت القبض، فما عساه يظهر من المحكي عن الشيخ في بحث المكاتبة من أن الوفاء بيع يمكن منعه، وحينئذ يمكن حمل خبر عبيد عليه؛ فلا يكون دالا على جواز التصارف.

أللهم الا أن يستدل باطلاق نفي البأس فيه مع عدم الاستفصال فيه، ولو كان ما في الذمم متحد الجنس والصفة حصل التهاتر قهرا من غير حاجة الى صرف ولا الى تراض بالتهاتر بلا خلاف أجده فيه، سوى ما عن التذكرة فجعله كمختلف الجنس، ومقتضاه عدم

---

(١) الوسائل الباب ٢ من أبواب الصرف الحديث ٣

التهاتر قهراً؛ وفيه أن اعتبار تشخيص الدافع و قبض المدفوع متجه اذا لم يكن المدفوع نفس ماملكه المدفوع اليه؛ أما اذا كان كذلك فلايحتاج الى تراض، لانه يكون كوصول عين ماله اليه؛ اذ الفرض أن المديون قد ملك على الديان ماملكه عليه أولا من كلي العشرة في ذمته مثلا ، فالاولى اختصاص فرض المصارفة في المختلف، هذا.

وفي القواعد وغيرها ويجوز اقتضاء أحد النقدين من الاخر ويكون صرفا بعين وذمة، قلت: لابأس به اذا وقع بصيغة البيع، وقبض العوض في مجلس العقد؛ أما اذا دفعه وفاء فقد تقدم أنه ليس بصرف، لان الوفاء ليس بيعاً وخبري الحلبي (١) لادلالة فيهما على ذلك، قال في أولهما : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون عليه دنانير فقال : لابأس أن يأخذ قيمتها دراهم» وقال في ثانيهما (٢) «سألته أيضاً عن الرجل يكون له الدين دراهم معلومة الى أجل، فجاء الاجل وليس عند الرجل الذي عليه الدراهم، فقال: خذ مني دنانير بصرف اليوم؟ قال لابأس به».

ونحوهما خبر أبي عتاب (٣) بل النصوص المعتبرة -التي أفتى بمضمونها غير واحد من الاصحاب، المتضمنة لاحتساب السعر يوم القبض -ظاهرة أو صريحة في كون الوفاء ليس بيعاً؛ قال اسحق بن عمار(٤) «سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يكون لي عليه المال فيقضيني دنانير وبعضاً دراهم، فاذا جاء يحاسبني ليوفيني قد تغير سعر الدنانير، أي السعرين أحسب له الذي كان يوم اعطاني الدنانير، أو سعر يوم الذي أحاسبه؟ فقال: سعر يوم أعطاك الدنانير، لانك حبست منفعتها عنه».

وقال أيضاً (٥) «قلت لابي ابراهيم عليه السلام : «الرجل يكون له على الرجل الدنانير فيأخذ منه دراهم ثم يتغير السعر قال: فهي له على السعر الذي أخذها منه يومئذ، وان أخذ

(١و٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب الصرف الحديث ١ ٢

(٣) الوسائل الباب ٣ من ابواب الصرف الحديث ٥ لكن عن زياد ابن أبي غياث

(٤و٥) الوسائل الباب ٩ من ابواب الصرف الحديث ٢ ٣

دنانير فليس له»(وفي الفقيه) (١) «وليس له دراهم عنده فدنانيره عليه يأخذها برؤوسها متى شاء» يعني وقع الفضل بينهما بأخذه أولا مكان دنانيره، ثم أخذ دنانير ثانياً بعد ذلك، فليس للمعطي أن يجعلها في مقابلة دنانيره التي كانت له عليه أولا، ويطلب منه دراهمه، اذ لا دراهم له عليه حينئذ، بل ليس له الا دنانيره التي أعطاها ثانياً يأخذها متى شاء، وروى ابراهيم بن ميمون (٢) «عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون له على رجل دراهم، فيعطيه دنانير ولا يصارفه، فيصير الدنانير بزيادة أو نقصان، قال: له سعر يوم أعطاه» وقال عبدالملك بن عتبة الهاشمي (٣): «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل يكون عنده دنانير لبعض خلطائه، فيأخذ مكانها ورقا في حوائجه، وهي يوم قبضت سبعة، وسبعة ونصف بدينار، وقد يطلب صاحب المال بعض الورق وليست حاضرة فيبتاعها له من الصيرفي بهذا السعر ونحوه، ثم يتغير السعر قبل أن يحسبا حتى صار الورق اثنى عشر درهماً بدينار فهل يصلح ذلك له، وانما هي بالسعر الاول من يوم قبضت كانت سبعة وسبعة ونصف بدينار؟ قال: اذا دفع اليه الورق بقدر الدينار فلا يضره كيف الصروف ولا بأس».

ونحوه خبر ابراهيم بن عبدالحميد (٤) المراد أنه اذا كان دفع اليه الورق بقدر الدينار ثم تغير السعر فلا يضره تغير السعر، ولا عدم المحاسبة، فانه يحاسب على السعر الاول، وعلى كل حال فهي صريحة في أعمية الدفع وفاء من البيع» نعم لو دفع اليه ذلك لا على جهة الوفاء بل كان قرضاً أو أمانة أو نحو ذلك احتسبت له سعر يوم المحاسبة وفاء كما هو واضح والله اعلم.

---

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٨٢ الحديث ٨٢٩ الطبع الحديث

(٢) الوسائل الباب ٩ من ابواب الصرف الحديث ٥ لكن عن يوسف ابن ايوب شريك ابراهيم بن ميمون.

(٣و٤) الوسائل الباب ٩ من ابواب الصرف الحديث ١-٢

(الفصل الثامن فی بیع الثمار)

﴿و﴾ تمام الكلام فيها يتوقف على ﴿النظر فی ثمرة النخل والفواكه والخضر واللواحق﴾

﴿أما النخل فلا يجوز بيع ثمرته قبل ظهورها عاماً﴾ اجماعاً بقسميه، بل المحكی منهما متواتراً كالنصوص ولذا نسبه بعضهم الى الضرورة، فمن الغريب ما في الحدائق من الجزم بالصحة، تمسكا بصحيحی ربعی والحلبي الاتيين(١) الذين لاصراحة فيهما فی ذلك، لاحتمال ارادة بيع السنتين بعد الظهور، قبل البدو، وصحيح بريد بن معاوية (٢) الاتي الذی لابد من طرحه أو تأويله، بارادة البدو من الطلوع فيه، أو بحمل العام فيه على ما كان في ضمن العامين .

وأغرب منه حمل نصوص المنع ـ الموافقة لـلاصول السليمة، ضرورة كون الثمرة معدومة لاتصلح للنقل قبل وجودها؛ اذ المبيع لابـد أن يكون موجوداً ـ على التقية أو الكراهة، ثم قال : والى هذا يميل كلام جملة من محققي المتأخرين كالمحقق الاردبيلي والفاضل الخراساني؛ لكن لايخفى عليك أن ذلك كله غير قادح في تحصيل الاجماع؛ بعد أن علم أن صدور ذلك منهم من اختلال الطريقة، نسئل الله تعالى العفو والعافية عن ذلك وغيره، وما صدر عن الشيخ في المحكي عن كتابي الأخبار من الجمع بالكراهة، انما هو مجرد جمع لافتوى، وعلى تقديرها فهي شاذة أيضاً مع أن عبارته محتملة لصورة ما بعد الظهور قبل البدو، بل قيل: انه الذی تشعر به عبارته بعد ضم بعضها الى بعض، ﴿و﴾ لذا نسب جماعة القول بالكراهة اليه في المسألة الاتية دون هذه المسألة.

نعم ﴿في جواز بيعها كذلك عامين فصا عدا تردد﴾ وخلاف ، فالمشهور نقلا وبين المتأخرين تحصيلا، العدم أيضاً، للانعدام، فضلا عن الغرر والجهالة، وللاجماع في السرائر بل قال فيها : «وقد اشتبه على كثير من أصحابنا ذلك، ويظنون أنه يجوز بيعها

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمار الحديث ٤ ٢

(٢) الوسائل الباب ـ ١ من ابواب بيع الثمار الحديث ١

سنتين وان كانت فارغة لم تطلع بعد وقت العقد، وهذا خلاف ما يجدونه في تصانيف أصحابنا وخلاف اجماعهم وأخبار ائمتهم وفتاواهم» ولمفهوم خبر ابي بصير (١) وخبر أبي الربيع (٢) واطلاق موثق سماعة (٣) أو عمومه وصحيح الحلبي (٤) وغيرها من النصوص التي تسمعها فيما يأتي ومنهما النصوص التي علقت الجواز على الاطعام و البلوغ والادراك وبدو الصلاح خلافا للصدوق .

وربما أشعر قول المصنف «والمروي» فيما يأتي من صحيح يعقوب (٥) وصحيح سليمان (٦) وخبر أبي بصير الاخر (٧) وصحيح الحلبي (٨) وصحيح ربعي (٩) و صحيح علي بن جعفر (١٠) كما في الحدائق «الجواز»، بل في صحاح يعقوب والحلبي وعلى بن جعفر تعليله بأنه ان لم يخرج هذه السنة خرج من القابل، وبها تقطع الاصول والعمومات ويخص الاطلاق في الاخبار المقابلة، والاطرحت لرجحانها عليها بالصحة في السند والكثرة في العدد، والصراحة في الدلالة، والاشتمال على التعليل؛ وغير ذلك، واجماع ابن ادريس مردود عليه بما عن غاية المراد للشهيد. من أن الاصحاب لم يذكروه صريحاً و لا تعرض للمنع الاجماعة منهم، ونحو ذلك في المختلف، وفي مفتاح الكرامة ليس في المقنعة والنهاية والمبسوط والمراسم والوسيلة والغنية وكشف الرموز ذكر ولا تصريح بجواز ولا منع، ولم ينقل احد ذلك عن الحسن وأبي علي والقاضي والتقي، بل لم أجد من صرح بالمنع قبل الفاضل .

قلت: هو كذلك في جملة من كتبه لكن ظاهره أو صريحه في التذكرة الجواز و ان احتمل المنع قوياً فيها، وفي الحدائق أنه حكاه بعض عن الشيخ أيضاً، بل قد سمعت اعترافه في السرائر بأن القائل به كثير، لكن ادعى عليهم الاشتباه، ومن هنا مال جماعة من متاخرى

(١و٢) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمار الحديث ١٠-٧

(٣و٤) الوسائل الباب ٢ من ابواب الثمار الحديث ٢-٤

(٥-٦و٧و٨و٩و١٠) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمار الحديث ٨-٩-١٠-٢ ٢١-٢

المتاخرين الى الجواز، بل هو ظاهر الشهيد الثاني، وفي جامع المقاصد انه لايخلو من قوة؛ لكن قد يناقش باحتمال الطلوع في صحيح يعقوب بدو الصلاح ويكون المراد من قوله «ان لم يحمل الى» آخره ان خاست، وهو وان بعد؛ الا أنه أولى من ارتكاب التأويل في النصوص المقابلة المعتضدة بالشهرة؛ ومحكي الاجماع الذى لايقدح فيه ماسمعت عند التحقيق، وقاعدتى المعدوم والغرر والجهالة، مع أنه قد يستأنس لحمل الطلوع فيه على البلوغ، ملاحظة الصحيح الاخر (۱) حيث اشترط فيه نفى البأس عن الشراء ثلاث سنين بوقوعه قبل البلوغ، وجعله المعيار له دون غيره، مع تضمنه التعليل المزبور فى صدره، ولو كان المعيار الظهور لكان تبديل البلوغ به أولى كمالايخفى.

ومنه يظهر الجواب عن غيره الذى جعل غاية الجواز فيه الاطعام الذى هو عبارة عن الادراك؛ وعن الصحاح: أطعمت النخلة إذا أدرك ثمرها، و أطعمت البسرة أى صار لها طعم». كل ذلك مضافا الى ماتسمعه فى صحيح سليمان بن خالد (۲) منها، بل التعارض بين كثير منها وبين غيرها بالعموم من وجه. ضرورة شمولها لصورتي عدم الطلوع وعدم الصلاح، كما أن غيرها شامل للعام و العامين و قد سمعت رجحانها عليها بالشهرة وغيرها، لكن الانصاف بعد ذلك كله أن الجواز لايخلو من قوة وان كان الاحوط خلافه، ثم على تقدير العدم فالظاهر مساواة غير البيع من النواقل له فى عدم الجواز؛ لعدم صلاحية المعدوم للنقل.

نعم يتجه جوازه بالشرط، قال فى التنقيح. «كل موضع قلنا لايصح البيع فيه؛ يصح ان يجعل من شروط التملك في عقد آخر» قلت: لعموم أدلة الشروط التى لاتستدعي ملكاً فعلياً للمشترط، و منه ينقدح قوة الجواز فى الصلح أيضاً، وربما تسمع في بابه زيادة تأييد ان شاء الله تعالى، لكن قد يشكل في خصوص الشرط، لاقتضائه الغرر المنافي لعقد البيع، ولو في شرطه؛ كما حققناه فى محله.

---

(۱)(۲) الوسائل الباب -۱- من ابواب بيع الثمار الحديث ۲ - ۹

وأما الجواز مع الضميمة حتى في العام الواحد فهو وان دلت عليه موثقة سماعة (١) قال « سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤه قبل أن يخرج طلعها ؟ قال: لا الا ان يشترى معها شيئا غيرها رطبة أو بقلا فيقول :أشتري هذه الرطبة وهذا النخل وهذا الشجر بكذا وكذا ، فان لم تخرج الثمرة كان رأس مال المشترى في الرطبة والبقلة » الا أنها مقطوعة ومعارضة باطلاق الادلة ومعاقد الاجماعات وغيرها ، بل في المسالك « ان المشهور المنع مع الضميمة ، حيث لا تكون هي المقصودة بالبيع ، لانه غرر .

ومن هنا حمل بعضهم الموثق المزبور عن المقصودة ، وفاقا للتذكرة ، و ربما اشعر به ما في ذيل الرواية من التعليل ، بناء على الغالب من عدم دفع الثمن في مثل هذه الصورة الا بعد أن تكون الضميمة المقصودة ، وكان ذلك منه ارجاع منه للمقام الى قاعدة ضم المعلوم الى المجهول ، ولو سلمت لهم فيه أمكن منعها هنا، باعتبار انعدام المنضم ، الا أن يكون على جهة الشرطية ، وربما تسمع لذلك تتمة ان شاء الله تعالى.

﴿ويجوز﴾ بيعها ﴿بعد ظهورها وبدو صلاحها﴾ اجماعاً أو ضرورة ﴿عاماً﴾ واحداً ﴿أو عامين بشرط القطع وبغيره منفردة ومنضمة﴾ الى المقصود بالبيع و غيره ، ﴿ولا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها عاماً الا أن يضم اليها ما يجوز بيعه﴾ عند الاكثر نقلا ﴿أو بشرط القطع أو عامين فصاعدا﴾ أو بيعت على مالك الاصل عند الفاضل ﴿و﴾ حينئذ ﴿لو بيعت عاماً من دون الشروط الثلاثة﴾ أو الاربعة ﴿قيل﴾ و القائل الاسكافي والصدوق في المقنع والتقي والمفيد على ما عن بعض نسخ المقنعة والطوسى والقاضي و ابن حمزة والفاضل في كتبه على ما حكي عن بعضهم ﴿لا يصح﴾ بل عن صريح المبسوط والخلاف أو ظاهرهما والغنية الاجماع عليه .

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في التهذيبين والحلي والابي والفاضل في جملة من كتبه وولده و الشهيدان والكركي والقطيفي والميسي على ما حكى عن بعضهم أيضاً

---

(١) الوسائل الباب -٣- من ابواب بيع الثمار الحديث ــ ١

يصح ، ولكن صرح كثير منهم بأنه ﴿يكره، وقيل﴾ والقائل المفيد وسلار والابي على ماعن الاخيرين، أنه ﴿ يراعى ﴾ في الصحة و عدمها ﴿ السلامة ﴾ وعدمها و الظاهر أن مرجعه الى القـول الثاني اذفيما حضرني مـن نسخة المقنعة « يكـره بيع الثمار سنة واحدة قبل أن يبدو صلاحها: الى أن قال في آخر المبحث: واذا خاست الثمرة المبتاعة قبل ظهورها كان للبايع قدر ماغلت دون ما انعقد عليه البيع من الثمن»، ومراده بالظهور قبل بدو الصلاح، كما هو المحكي عنها أيضا وعلى كل حال فهو حكم آخر مبني على أنه مبيع تلف قبل قبضه ، كما تسمع البحث فيه عند تعرض المصنف له، و لعله لذا جعل في المختلف المسألة ذات قولين ، ناصاً على أن المفيد وسلار ممن قال بالجواز.

﴿و﴾ على كل حال ف ﴿ الاول أظهر، ﴾ لصحيح سليمان بن خالد (١) عن الصادق عليه السلام «لاتشترى النخل حولا واحداً حتى يطعم، وان كان يطعم ان شئت أن تبتاعه سنتين فافعل» وفي الوافي بعد أن رواه عن التهذيب قال: «الظاهر سقوط لفظ لم» وربما ايد بأن الموجود في الاستبصار «وان شئت أن تبتاعه» كموثق أبي بصير (٢) قلت يمكن صحته على ذلك أيضاً، وعن بعض النسخ المعتمدة بغير واو وفي حواشي المجلسي كان المراد منه ان كان يعلم عادة أنه يطعم بعد ذلك، وعلى نسخة عدم الواو ، فالمراد ان كان النخل من شأنه أن يطعم بأن يكون مضى من زمان غرسه خمس سنين مثلا، ويمكن ان يكون المراد اذا كان من نيتهما أن يطعم، أي لم يشتره بشرط القطع .

وخبر أبي الربيع عنه (٣) أيضا «كان أبو جعفر عليه السلام يقول اذا بيع الحائط فيه النخل والشجر سنة واحدة فلا يباعن حتى تبلغ ثمرته ، واذا بيع سنتين أو ثلاثا فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شيء من الخضرة» وخبر علي بن أبي حمزة (٤) «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى بستانا فيه نخل ليس فيه غير بسر أخضر، فقال : لا حتى يزهو ، قلت : وما الزهو؟ قال: حتى يتلون» وحسن الوشاء (٥) «سألت الرضا عليه السلام هل يجوز بيع النخل

(١) التهذيب ج ٧ ص ٨٨ الحديث ٣٧٤ الاستبصار ج ٣ ص ٨٥ .

(٢) و(٣) الوسائل الباب ١ ـ من أبواب بيع الثمار الحديث ـ ١٠ و ٧

(٤ و ٥) الوسائل الباب ـ ١ ـ من ابواب بيع الثمار الحديث ـ ٥ ـ ٣ ـ

اذا حمل؟ قال: لايجوز بيعه حتی يزهو، قلت: وما الزهو جعلت فداك؟ قال: يحمر ويصفر وشبه ذلك »وخبر محمد بن شريح (١) «سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل اشترى ثمرة نخل سنتين أو ثلاثا وليس في الارض غير ذلك النخل: قال: لايصلح الاسنة ولاتشتره حتى يبدو صلاحه » .

وصحيح علي بن جعفر(٢) المروي عن كتابه «سأل أخاه عن شراء النخل سنة واحدة أيصلح؟ قال: لايشترى حتى يبلغ: قال: وسألته عن شراء النخل سنتين أيحل. قال: لابأس، ان لم يخرج العام خرج القابل» وفي خبر المناهي(٣) نهى صلى الله عليه وآله أن تباع الثمار حتى تزهو يعني تصفر أو تحمر »وموثق عمار(٤) عن الصادق عليه السلام « سئل عن الفاكهة متى يحل بيعها؟فقال: اذا كانت فاكهة في موضع واحد فأطعم بعضها فقد حل بيع الفاكهة كلها. واذا كان نوعا واحداً فلايحل بيعه حتى يطعم، فان كان أنواعا متفرقة فلايباع منها شيء حتى يطعم كل نوع منها وحده، ثم يباع تلك الأنواع» .

ومرسل اسماعيل بن الفضل(٥)«سأل اباعبدالله عليه السلام عن بيع الثمرة قبل أن تدرك؛فقال: اذا كان له في تلك الأرض بيع له غلة قدادركت، فبيع ذلك كله حلال » وموثق أبي بصير (٦) عن الصادق عليه السلام أيضاً«سئل عن النخل والتمر يبتاعهما الرجل عاماً واحدا قبل أن تثمر قال: لاحتى تثمر وتأمن ثمرتها من الافة فاذا أثمرت فابتعها أربعة أعوام مع ذلك العام أو أكثر من ذلك أو أقل» الى غير ذلك .

لكن لايخفى عليك ما في دلالة بعضها من ثبوت البأس في المفهوم، و هو أعم من الكراهة ، واضطراب موثق عمار منها ، واشتماله على مالايقول به أحد من الاصحاب

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب -١- من ابواب بيع الثمار الحديث-١٣-٢٢-١٢.

(٤) (٥) الوسائل الباب-٢- من ابواب بيع الثمار الحديث-٥-٢

(٦) الوسائل الباب ١- من ابواب بيع الثمار الحديث ١٢.

كما ستعرفه ، واحتمال ارادة الكراهة من نفي الحل في مفهومه ؛ كاحتمال ارادة التفسير من قوله «و تأمن» في الاخير منها ؛ كما يؤمي اليه تعليق الحكم فيه على الاثمار وذيل صحيح يعقوب بن شعيب(١) قال : «سالت اباعبدالله عليه السلام عن شراء النخل ؟فقال كان أبي يكره شراء النخل قبل أن يطلع ثمرته السنة ، ولكن السنتين والثلاث كان يقول ان لم يحمل في هذه السنة حمل في السنة الاخرى ، وسألته عن الرجل يبتاع النخل والفاكهة قبل أن يطلع ،فيشتري سنتين او ثلاث سنين أو أربعا ؟قال: لا بأس، انما يكره شراؤه سنة واحدة قبل أن يطلع مخافة الافة حتى يستبين » بل هو صريح في المطلوب بناء على ارادة بدو الصلاح من الطلوع فيه ؛ لقراين متعددة ، والمعنى المصطلح من الكراهة كماهو الظاهر من وجوه أيضاً ، ومنه يظهر قوة ارادتها من النهي في النصوص السابقة ، سيما بعد اتفاق الفقهاء الاربعة على المنع ، كمافي التذكرة ؛ فلا يبعد ان اشتهار التعبير به للجمع بين بيان الواقع ؛ ودفع التقية ؛ خصوصاً بعد أن أشاروا عليهم السلام الى ارادة ذلك منه .

ففي صحيح الحلبي (٢) «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن شراء النخل والكرم و الثمار ثلاث سنين أو أربع سنين ؟ فقال: لا بأس تقول ان لم تخرج في هذه السنة تخرج من قابل ؛ وان اشتريته في سنة واحدة ، فلا تشتره حتى يبلغ ؛ وان اشتريته ثلاث سنين قبل أن يبلغ فلا بأس وسئل عن الرجل يشتري الثمرة المسماة من ارض فتهلك ثمرة تلك الارض كلها ؟ فقال قد اختصموا في ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وآله فكانوا يذكرون ذلك فلما رآهم لا يدعون الخصومة نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة ولم يحرمه ،ولكن فعل ذلك من أجل خصومتهم » فهو كالصريح في أن نهيه السابق عن شراء سنة واحدة حتى تبلغ ، للكراهة، اذ هو كعبارة النبي صلى الله عليه وآله ، وشمول الخبر لما قبل الطلوع بعد

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمار الحديث ٨

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمرة الحديث ٢

امكان منعه بظهور الغاية في وجود الثمرة، لاينافي الاستدلال به على المطلوب ؛ اذ أقصاه التقييد بالادلة السابقة .

وفي صحيح (١) ربعي « قلت لابي عبدالله عليه السلام ان لي نخلا بالبصرة فأبيعه و أسمي الثمن واستثني الكر من التمر أو أكثر أو العدد من النخل ؟ قال : لابأس ، قلت : جعلت فداك بيع السنتين ؟ قال: لابأس قلت : جعلت فداك ان ذا عندنا عظيم قال : أما انك ان قلت ذاك لقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله أحل ذلك فتظالموا فقال عليه السلام : لاتباع الثمرة حتي يبدو صلاحها » ومراده بقرينة الخبر الاول أن نهى النبي صلى الله عليه وآله لاجل قطع الخصومة ، لا الحرمة ، وهو بعينه النهى الوارد عنهم عليهم السلام ، و المناقشة فيه ـ بظهوره في أن نهيه عليه السلام الذي هو للكراهة انما هو في بيع السنتين قبل بدو الصلاح وهو الذي يأبى عنه العامة كما عن السرائر والتذكرة التصريح به ، بل تشعر به عبارة الغنية أيضا والظاهر ان قضية التظلم الذي تعقبها النهي الذي ليس للحرمة ، هي القضية التي تضمنها الخبر السابق، فيسقط الاستدلال به حينئذ أيضا ـ يدفعها أن الذي حكاه في التذكرة عن الفقهاء الاربعة المنع في مفروض المسألة أيضاً ولاينافيه قولهم به أيضاً في السنتين كما أن ما حكاه عن النبي صلى الله عليه وآله ردلهم في المقامين فتأمل جيدا .

و في خبر تغلبة بن بريد وحسنة بريد بن معاوية (٢) « سألت أباجعفر عليه السلام عن الرطبة تباع قطعتين أو ثلاث قطعات ؟ فقال: لابأس ، قال : و اكثرت السؤال عن أشباه هذا فجعل يقول لابأس ، فقلت : أصلحك الله استحياء من كثرة ماسألته ، وقوله: لابأس به ان من بيننا يفسدون هذا كله ، فقال: أظنهم سمعوا حديث رسول الله صلى الله عليه وآله في النخل ثم حال بيني وبينه رجل فسكت ، وأمرت محمد بن مسلم أن يسأل أبا جعفر عليه السلام عن قول رسول الله صلى الله عليه وآله في النخل فقال أبوجعفر عليه السلام خرج رسول الله صلى الله عليه وآله فسمع ضوضاء فقال : ماهذا ؟ فقيل له: تبايع الناس النخل ، فقعد النخل العام ، فقال عليه السلام : أما اذا فعلوا فلاتشتروا النخل العام حتى يطلع فيه الشيء، ولم يحرمه » وهو مع كونه مورد السنة

(١)و(٢) الوسائل الباب ـ ١ ـ من ابواب الثمار الحديث ٣ـ١

صريح في الانكار ، على توهم الحرمة من النهى المزبور الذى بعينه وقع فى كلامهم عليهم السلام ، ورواه العامة بهذا اللفظ ومايقرب منه ؛ واشتماله على مالا نقول به ـ بعد امكان ارادة بدو الصلاح من الطلوع فيه ، أو بالنسبة الى السنة الثانية المنظمة الى السنة التى ظهرت فيها الثمرة ـ غير قادح فى الاستدلال على المطلوب .

هذا كله مضافا الى الاصول والعمومات العظيمة الدالة على الجواز أيضاً مضافاً الى صحيح الحلبى (١) عن الصادق عليه السلام « تقبل الثمار اذا تبين لك بعض حملها سنة وان شئت أكثر ، وان لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجره » بناء على ارادة الشراء من التقبل فيه ، والى مايؤمى اليه تعدد التعبير عن الغاية المزبورة ، فتارة ببدو الصلاح ، والاخرى بالاطعام ، وثالثة بالبلوغ ، ورابعة بالادراك ؛ وخامسة بالتبين ، من ارادة الكراهة قبل ذلك وأنه بها ترتفع الخصومة على اختلاف مراتبها .

بل في خبر علي بن جعفر المروي عن قرب الاسناد (٢) الذى «سأل فيه اخاه عن بيع النخل أيحل اذا كان زهوا؟ فقال له : ان استبان البسر من الشيص حل بيعه وشراؤه » و الظاهر تحقق ذلك قبل الاحمرار و الاصفرار ، و دعوى امكان رجوع الجميع الى الاول واضحة المنع خصوصاً بالنسبة الى الشجر الذى ستعرف أن بدو الصلاح فيها عندهم الانعقاد وهو لايتحقق به البلوغ مثلا قطعاً ، بل ولا فى النخل اذ كثير منه لايبلغ باحمراره واصفراره كما هو واضح .

وقد ظهر من ذلك كله ان القول بالجواز لكن على الكراهة هو الاقوى ، بل قد يؤيده أيضاً أنه لاخلاف عندهم فى الجواز مع اشتراط القطع ؛ حيث لاتكون المعاملة معه سفهاً بل حكى عليه الاجماع مستفيضاً أو متواتراً ، مع أنه لاأثر له في النصوص فليس ذلك الالان اشتراط القطع يعين كون مراد المتبايعين هذا الموجود فى هذا الحال ولاريب فى أنه مال مملوك يجوز بيعه ، ولايعتبر فى الصحة تحقق القطع ، بل لو رضى المالك بعد ذلك بالبقاء مجانا أو بأجرة جاز اجماعاً فى التذكرة ؛ خلافاً لاحمد فأبطل البيع

---

١ و ٢ ـ الوسائل الباب ـ ٢ ـ ١ ـ من ابواب بيع الثمار الحديث ـ ٤ ـ ١٧ ـ الجواهر ـ ٢

لوعصى المشتري فلم يقطع ومنع البايع منه أيضاً صح، وكانت الثمرة له عندنا؛ وإن ثبت عليه الاجرة فلو باعه الموجود من الثمرة مصرحاً له بأن المبيع هذا الموجود؛ بحيث يستحق عليه القطع كان المتجه الجواز وإن لم يشترطه؛ ولعله عند الاصحاب بمعنى اشتراط القطع، وقد ينقدح هنا شيء وإن نافاه جملة من عبارات الاصحاب، وهو جواز البيع والشراء إذا كان القصد الموجود على النخل والاشجار في تلك الحال، و لعدم إذا كان المقصود شراؤه ثمرة أي بالغاً، أما الاول فللاصل والعمومات؛ بعد انسياق نصوص المنع إلى غيره مما يراد صلاحه وإطعامه وادراكه وبلوغه، ولذا جعل غاية للجواز في النصوص السابقة، بل قد يدعى أن اطلاق الثمرة عليه قبل ذلك مجاز، لعلاقة الاول .

ومنه يظهر وجه المنع في الثاني مضافا إلى أنه غير مقدور للبايع؛ اذ ليس هو من أفعاله، وإنما هو من فعل الله تعالى، ولعل مبنى المنع في كلام الاصحاب مع اشتراط التبقية، حتى حكي عن المبسوط والغنية وظاهر الخلاف الاجماع على عدم جوازه معه، بل عن بعضهم جعل الخلاف فيما إذا أطلق دونه .

وإن كان يدفعه ماعن السرائر من أن الخلاف فيه وفي الاطلاق، بل صرح في التذكرة بالجواز معه، لعدم اشتراطه بدو الصلاح فيها ظهور اشتراط التبقية في إرادة بيعه ثمرة، وأنه أولى من الاطلاق المنصرف إلى ذلك؛ حتى أن من جوز البيع بالظهور أوجب معه على البايع الاجابة إلى البقاء إلى أوان القطع؛ خلافاً لابى حنيفة إذ الظاهر إرادة الثمرة منه لا هذا الموجود، فاذا أطلق صح عند من لم يعتبر البدو، وبطل عند من اعتبره، ولا يحمل على القطع وإن توقفت صحة العقد عليه، كما صرح به في الدروس، وحينئذ فيكون في الحقيقة اشتراط التبقية كالاطلاق في الاندراج تحت اطلاق أدلة المنع ،

أما لو أريد من إشتراط التبقية الذي لولاه لاستحق البايع على المشتري القطع باعتبار كون المبيع هذا الموجود على الشجرة، فيجوز للاصل والعمومات وبعض

النصوص السابقة، وأنه كمشروط القطع في كون المبيع المشخص الموجود، واشتراط تبقيته لايصير المبيع غيره؛ ولعله لذا استدل في التذكرة على الجواز في المقام بأنه يجوز بيعه بشرط القطع إجماعاً، فجاز بشرط التبقية كما لو باعه بعد بدو الصلاح بشرط التبقية، و قد يؤيد ذلك كله نصوص الزرع المتضمنة لجواز بيعه بشرط التبقية والقصيل والاطلاق، وإن كان لايجوز بيع السنبل منه قبل ظهوره فيه .

وقد يقوى دوران الحكم على القصد المذكور فى بيع الثمرة على مالك الاصل الذي حكم العلامة بجوازه بمجرد الظهور من دون شرط ، مدعياً عليه الاجماع في القواعد، وأنه خارج عن محل النزاع، وإن رده من تأخر عنه بعدم الدليل، إذ ما قيل فى الاستدلال له بأنه لمكان تبيعته للاصل، كان كالجمع بينهما في عقد؛ واضح الضعف، لعدم العقد هنا على الجميع، بل حكي عن الخلاف والمبسوط التصريح بالمنع فيه، فيتجه الجواز اذا كان القصد شراء ذلك الموجود، واشتراط القطع هنا كعدمه ـ ضرورة عدم استحقاقه ذلك على مالك الاصل؛ والعدم إذا كان القصد بيعه ثمرة ، مع أنه قد يقال بالصحة فيه هنا، باعتبار رجوع ذلك إلى إرادة الابقاء الى بلوغ هذا الحال ضرورة عدم قدرته على صيرورته ثمرة. وحيث كان البيع على المالك لم يكن للمشتري استحقاق في الابقاء فليس حينئذ الارادة بيعه في هذا الحال وهو لا إشكال في صحته، فيتجه للفاضل حينئذ دعوى الاجماع عليه .

ومن هذا الاخير يظهر لك أنك إن أبيت عن تنزيل كلمات الاصحاب على ماذكرنا، باعتبار صراحة بعضها فى خلافه كان المتجه الجواز، فى بيع الثمار قبل بدو الصلاح كما قلناه سابقا، اذ ليس مرجعه حينئذ إلا إرادة الابقاء الى أوان صيرورته ثمراً؛ خصوصاً مع التصريح بذلك، وهو لا بأس به، بعد ما عرفت من تنزيل نصوصه على الكراهة أو التقية للوجوه المتقدمة.

بل ربما يظهر لك وجه ماذكره الاصحاب هنا من غير خلاف يعرف بينهم فيه من الجواز مع الضميمة، بل في التذكرة والتنقيح ومحكي المهذب الاجماع عليه، مع أنه

لم أجده فيما وصل إلي من النصوص على جهة الاطلاق وموثق سماعة(١) المتقدم سابقا قبل الطلوع، أللهم إلا أن يحمل على إرادة بدو الصلاح من الطلوع فيه، فيكون شاهدا للمقام؛ وأما النصوص الآتية التى(٢) منها ضم مابدا صلاحه مثلا إلى غيره، فهي في موارد خاصة لاينبغى التعدية منها إلى غيرها .

نعم قال بعض متاخري المتاخرين إطلاق النص مشيراً إلى ماتسمعه من النصوص في المسألة الاتية، وكلام الاصحاب يقتضى عدم الفرق في الضميمة بين أن تكون متبوعة أو تابعة، ولاريب فى الاولى للقاعدة المطردة من صحة المعاملة مع الضميمة التي تكون بالذات مقصودة؛ مخرجة لها عن الغرر والمجازفة، وقد تقدم إلى ذكرها مراراً الاشارة، وكذا فى الثانية بعد ماعرفت من إطلاق النص والفتوى المخرجة لها عما دل على فساد المعاملة، ولو انضم ضميمة ليست بالذات مقصودة إذا اشتملت على الغرر والجهالة .

ومن هنا انقدح وجه القدح في استدلال جماعة بقاعدة الضميمة المزبورة لصحة هذه المعاملة مطلقا ولو في صورة الثانية، فانها لم تنهض باثباتها الا في الصورة الاولى خاصة، ولعل الوجه أن الضميمة هنا ليست لدفع الغرر والجهالة حتى يأتى فيها التفصيل المتقدم إليه الاشارة، لاختصاص مثلها بما يتصور فيه الامران لو خلا عنها، وليس منه مفروض المسألة، بناء على أن المنع عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها إنما هو تعبد محض، نهض باثباتها الاخبار المانعة، لولاها لتعين المصير إلى الجواز، نظرا إلى الاصل والعمومات السليمة عن معارضه الغرر فالمجازفة، لاندفاعها؛ ولذا صار إليه جماعة بعد حملهم تلك الاخبار على الكراهة بشهادة بعضها، بل ضمها هنا ليس الا للذب والفرار عن الدخول تحت إطلاق تلك الاخبار، بناء على اختصاصها بحكم التبادر بغير المضمار.

قلت : قد يناقش فيه أولا - بامكان منع القاعدة التى أشار اليها، إنما المسلم منها التابع

---

(١) الوسائل الباب -٣- من ابواب بيع الثمار الحديث -١-

(٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب بيع الثمار

في نفسه ، كأس الجدران وزخارف الدور وحمل الدابة، ونحو ذلك، لا التابع في القصد ضرورة؛ تناول أدلة الغرر والجهالة له، ودعوى أنه بذلك تكون الشرط الذي لا يعتبر فيه شيء من ذلك على التحقيق؛ يدفعها عدم صدق إسم الشرط عليها، بل هي بعض المبيع، - وثانيا بمنع إخراج الضميمة هنا للمفروض عن إطلاق الادلة، إذ دعوى اختصاصها ببيع الثمرة خاصة واضحة الفساد، فالمتجه حينئذ الاستناد في الضميمه سواء كانت تابعة أو متبوعة إلى إطلاق معاقد الاجماعات التي يمكن التنقيح بها للموارد الخاصة في النصوص الاتية، فيتعدي منها حينئذ إلى غيرها ، وربما يقال أن الضميمة هنا كالضميمة مع الابق باعتبار ان ما نحن فيه كغير المقدور على تسليمه، لعدم البلوغ حال البيع، فلا يشترط فيها حينئذ كونها متبوعة، بناء على عدم اشتراط ذلك فيها في الابق، بل إنما ضمت حتى لا يصير الثمن بلا مثمن لو اتفق عدم حصول المنضم إليه والأمر سهل عندنا بناء على ما عرفت من عدم اشتراطها في الصحة؛ وأنه يجوز البيع بدونها .

﴿و﴾ على كل حال فمنها كما في المسالك ما ﴿لو بيعت﴾ الثمرة ﴿مع أصولها﴾ ولذا قال المصنف : ﴿جاز﴾ البيع ﴿مطلقا﴾ قبل بدو الصلاح وبعده، بل في التذكرة والتنقيح الاجماع عليه بالخصوص؛ وربما يقال أن الصحة هنا لكون الثمرة تابعة، كحمل الدابة ، بل لا يندرج نحوه في إطلاق أدلة المنع الظاهر في غير ذلك لا للضميمة، ولذا جعله غير واحد شيئا آخر غيرها .

واما الجواز في الزيادة عن عام فلا خلاف فيه، كما عن كشف الرموز بل عن ظاهر المبسوط والخلاف والسرائر، وصريح التذكرة والمهذب والتنقيح الاجماع عليه، مضافاً إلى ما سمعته من النصوص السابقة. وقد ظهر من ذلك كله أنه لا خلاف ولا إشكال في جواز البيع بعد الظهور قبل البدو إذا حصل أحد الامور الثلاثة أو الاربعة، بناء على أن بيعها مع الاصول ليس من الضميمة، وعن الفاضل زيادة البيع على مالك الاصل، وقد عرفت الحال فيه و بيع الاصل واستثناء المالك الثمرة .

وفيه أنـه ـ وإن كان لا يشترط البدو فيه عندنا خلافاً لاحد وجهي الشافعية فاعتبروا

في الصحة شرط القطع ، ولاريب في ضعفه، لانه استدامة ملك لا ابتداؤه - ليس مما نحن فيه من بيع الثمرة، ومايقال - من أن بيع الاصل سبب في زوال الملك، واستثناؤه سبب في التدارك، فهو كالحادث - يدفعه أن السبب في الزوال البيع المطلق، لامطلق البيع، و ليس المشرف على الزوال ولمايزل، كالزائل العائد، لانه تقدير لما لاوجود له من الزوال فعلا، بمنزلة الموجود كما هو واضح .

ثم إن الظاهر كون الخلاف في المقام إنما هو في المبيع خاصة، أما الصلح فيجوز مطلقا وبشرط التبقية للاصل، بعد اختصاص النصوص والفتاوى في البيع خاصة، بل و كذا غيره من النواقل؛ سيما الشروط والله أعلم هذا . والضميمة على تقدير اعتبارها في الصحة ينبغي الاقتصار فيها على المتيقن، من كونها مما يجوز بيعها منفردة كما تؤمي إليه عبارة المتن، وكونها مملوكة للمالك، وكون الثمن لها وللمنضم على الاشاعة ونحو ذلك، و إن كان للنظر في هذا كله مجال، كالنظر أيضا في الصحة فيما لو تلفت قبل القبض وغيره، إلا أنا في غنية عن إطالة البحث فيه بعد عدم اعتبارها في الصحة عندنا، وهل من الضميمة ما لو باع الثمرة مشترطا قطع بعضها، المتجه العدم بناء على اعتبار صحة بيعها بغير عقد الانضمام؛ والامر سهل .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿بدو الصلاح﴾ الذي هو شرط للصحة أو الكراهة في اللغة كما عن المقداد والصيمري ﴿ أن تصفر﴾ البسر ﴿ أو تحمر﴾ على المشهور بين الاصحاب نقلا وتحصيلا شهرة عظيمة، بل في محكي السرائر نسبته إلى أصحابنا، والمبسوط إلى روايتهم لخبري الوشا (١) وعلي بن أبي حمزة (٢) المتقدمين المنجبرين بالشهرة المزبورة؛ والمعتضدين بخبر المناهي، (٣) الذي فسر الزهو بهما فيه أيضاً ، بناء على أنه منه النبوي أيضاً المروي عن معاني الاخبار(٤) «نهى ﷺ عن المخاصرة، وهي أن تباع الثمار قبل أن يبدو صلاحها وهي خضر بعد ؛ إلى أن قال : ونهى عن بيع الثمر قبل أن يزهو، وزهوه أن يحمر أو يصفر» وقال فيه وفي حديث آخر(٥) «نهى عن بيعه قبل أن

(١ و ٢) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمار الحديث ٣-٥

(٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمار الحديث ١٢-١٥-١٦

يشقح ويقال يتشقح؛ والتشقيح هو الزهو أيضا» وقيل لا ينافي ذلك التعليق على الاطعام في بعض النصوص السابقة، والادراك في آخر، والبلوغ في ثالث، بعد امكان رجوع الجميع إليهما، وفيه أن المشاهد خلافه بل اختلاف ذلك دليل على ماقلناه سابقا من الكراهة قبل بدو الصلاح؛ ولعلها تختلف باختلاف مراتبه شدة وضعفا.

وعلى كل حال فقد عرفت أن المعروف تحقق بدو الصلاح بذلك، لكن زاد المصنف هنا والفاضل في الارشاد فقالا: بدو الصلاح ذلك ﴿ أو أن يبلغ مبلغا يؤمن عليها العاهة ﴾ ولم نجده لغيرهما، وإن حكي تفسير بدو الصلاح به بلفظ القيل، مع أنه على فرض وجوده غير ما فيهما، ولعله للجمع بين ما عرفت وبين خبر أبي بصير(١) السابق المؤيد في الجملة بخبر علي بن جعفر(٢) عن أخيه عليه السلام «سألته عن بيع النخل أيحل إذا كان زهوا قال: إذا استبان البسر من الشيص حل بيعه وشراؤه» وبالنبويين العاميين (٣) «أحدهما لا تبتاعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها، قيل وما بدو الصلاح؟ قال: تذهب عاهتها ويخلص رطبها» والاخر(٤) «نهى عن بيع الثمار حتى تذهب العاهة» الا أنه لم يحصل شرط الجمع من المقاومة المفقودة هنا من وجوه، والشاهد المعتبر، مضافاً إلى قوة احتمال كون الاحمرار والاصفرار بهما يحصل الأمان، واحتمال إرادة الظهور من أمن الافة فلا ينافي حينئذ اشتراط ذلك بعد بدو الصلاح المفسر بما عرفت؛ وإلى إجمال المراد به، أللهم إلا أن يقال: بأن المرجع فيه العادة، وربما حد في النبوية العامية (٥) بطلوع الثريا الذي نفى الاعتبار به في محكي الخلاف، والله أعلم.

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿اذا أدرك بعض ثمرة البستان﴾ المتحدة وبدا صلاحه ولم يدرك الاخر بعد أن كان ظاهراً ﴿جاز بيع ثمرته أجمع﴾ بناء على اعتبار بدو الصلاح في الجواز بلا خلاف أجده فيه، بل عليه الاجماع، منقولا مستفيضاً إن لم يكن محصلا، سواء كان متحد النوع أو مختلفة، للاصل السالم عن المعارض، بعد تنزيل ما دل على المنع

(١و٢) الوسائل الباب -١- من ابواب بيع الثمار الحديث ١٢-١٧
(٣و٤) سنن البيهقي ج٥ ص٣٠٠ جامع الصغير ج٢ ص١٩٢ طبع عبد الحميد احمد حنفي
(٥) سنن البيهقي ج٥ ص٣٠٢

على غير المفروض، سيما إذا كان البعض المدرك مما يصدق معه بدو صلاح الثمرة؛ المعلوم عدم إرادة الجميع منه، ولصحيح يعقوب ابن شعيب (١) عن الصادق عليه السلام «إذا كان الحائط فيه ثمار مختلفة، فأدرك بعضها فلا بأس ببيعها أجمع» وصحيح الحلبي (٢) عن الصادق عليه السلام «تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنة و إن شئت اكثر، وإن لم يتبين لك حملها فلا تستأجره» وخبر البطائني (٣) «سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل إشترى بستاناً فيه نخل وشجر، منه ماقد أطعم، ومنه مالم يطعم؟ قال : لابأس إذا كان فيه ماقد أطعم» بناء على إرادة ثمرة البستان منه، والمرسل (٤) كالموثق «المسئول فيه عن بيع الثمرة قبل أن تدرك فقال : إذا كان في تلك الارض بيع له غلة قد ادركت؛ فبيع كله حلال» إلى غير ذلك، من ذيل خبر أبي الربيع (٥) ونحوه، مضافاً إلى ماقيل من أنه لا إشكال في بيع مابدا صلاحه، لحصول الشرط، أو غيره أيضاً لضمه إليه، وقد عرفت عدم الاشكال والخلاف في جواز بيع الثمرة الظاهرة مع الضميمة، فيندرج حينئذ مفروض المسألة فيها، خصوصاً بعدما عرفت من عدم اعتبار المتبوعية في هذه الضميمة، وأنها ليست كضميمة المجهول .

لكن قد يناقش في تناول دليل الضميمة لمثل المقام على وجه يخرجه عن إطلاق أدلة المنع على فرض شموله، وحينئذ ينبغي الاقتصار في الاستدلال على ماذكرناه أولا .

لكن لاينبغي التأمل في صدق الضميمة لو ضمها إلى بستان أخرى لم يبدو صلاحها إلا أن المصنف : قال ﴿ولو أدركت ثمرة بستان لم يجز بيع ثمرة البستان الاخر ولو ضم إليه﴾ وفاقاً لـ محكي الخلاف والمبسوط، بل عن الاول الاجماع عليه، ومقتضاه حينئذ عدم تناول الضميمة لمثل ذلك، وعدم تناول نصوص الصحة المتقدمة آنفا له أيضاً،

(١و٢و٣و٤) الوسائل الباب-٢- من ابواب بيع الثمار الحديث ١-٤-٣-٢

(٥) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمار الحديث ٧

فيبقى مندرجا في إطلاق دليل المنع، وفيه ـ بعد تسليم الدعوى الاولى له الواضح منعها عليه، وتسليم تناول إطلاق دليل المنع لذلك، ـ منع عدم تناول المرسل المتقدم(١) المنجبر هنا بعمل الاصحاب كافة عدا من عرفت كما قيل .

ومنه يعلم ما في دعواه الاجماع عليه، ولعله لذا قال بعد ذلك ﴿ وفيه تردد ﴾ بل كان الاولى الجزم بالصحة؛ لما عرفت، واما موثق عمار(٢) «عن ابى عبدالله عليه السلام سئل: عن الفاكهة متى يحل بيعها؟ قال : إذا كانت فاكهة كثيرة في موضوع واحد فأطعم بعضها فقد حل بيع الفاكهة كلها، فاذا كان نوعا واحداً فلا يحل بيعه حتى يطعم، فان كان أنواعاً متفرقة فلا يباع منها شيء حتى يطعم كل نوع منها؛ ثم يباع تلك الانواع» فمع اشتماله على ما لا يقول به أحد من الطائفة، من اشتراط إتحاد النوع بادراك البعض في صحة بيع الجميع، وتشويش متنه، إنما يدل بالمفهوم؛ وهو قاصر عن معارضة الأدلة من وجوه، فلا ريب حينئذ في أن الأصح الجواز هذا كله في ضم الثمرة الظاهرة ولم يبدو صلاحها إلي ما بدا بناء على اشتراطه، و إلا فيجوز بدونه .

اما المتجددة ففي الغنية «يجوز بيع الثمرة الموجود بعضها المتوقع وجود باقيها عندنا وعند مالك» وفي القواعد ولو ظهر بعض الثمرة فباعه مع المتجددة في تلك السنة، صح سواء اتحدت الشجر أو تكثرت؛ وسواء اختلف الجنس أو اتحد » وفي التذكرة «يجوز عندنا بيع الثمار بعد بدو صلاحها مع ما يحدث بعدها في تلك السنة، أو سنة أخرى، وبه ؛ قال مالك» وفي الدروس« ويجوز اشتراط المتجددة من الثمرة في تلك السنة و غيرها؛ مع حصر السنين، سواء كان المشترط من جنس البارز أو غيره، ولو شرط ضم ما يتجدد من بستان آخر عاما أو عامين احتمل الجواز» وظاهر اللمعة كونه من المسلمات، لانه قال : « ويجوز بيع الخضر بعد انعقادها لقطة ولقطات ؛ كما يجوز بيع الثمرة الظاهرة وما يتجدد في تلك السنة وفي غيرها» أي مع ضبطه السنين، وفي الروضة «لان الظاهر منها بمنزلة الضميمة إلى المعدوم، سواء كانت متجددة من جنس الخارجة

---

(١) (٢) الوسائل الباب ـ٢ـ من ابواب بيع الثمار الحديث٣ـ٥

أم غيره » .

وفيه أن الاصح عدم الاكتفاء في صحة بيع المعدوم بالضميمة إليه، فينبغي التعليل في المتجدد من ثمرة الشجر الذي فرض ظهور ثمرته. بأنه لاينقص عن بيع ثمرته في السنة الاخرى مثلا ، فلايقدح حينئذ انعدامها، وبظهور بعض النصوص السابقة فيه، بل وفي غيره مما لم تخرج بعد ثمرته، فالتوقف فيه حينئذ بأنه معدوم ولا تجدى فيه الضميمة في غير محله، بعد ماسمعت من صحيح الحلبي السابق(١) بل والمرسل(٢) وذيل خبر ابى الربيع (٣) مضافا إلى نصوص الخضر (٤) إلا أنه ينبغي الاقتصار في ذلك على المتيقن، وهو البستان الواحدة، أما المتعددة فالاحوط إن لم يكن الاقوى عدمه، للاصل وغيره، ولذا جعل في الدروس الجواز احتمالا، فتأمل جيدا والله أعلم .

﴿ واما الاشجار ﴾ فظاهر النصوص والفتاوى إتحاد حكمها مع النخل، بالنسبة إلى البيع قبل الظهور وغيره، ومن هنا جعل في التحرير وظاهر الدروس كما عن غيره موضوع الاحكام السابقة، الثمرة، لاخصوص ثمرة النخل، بل صرح أولهما بأن النخل والشجر في الحكم سواء، بل صرح في التذكرة وجامع المقاصد ومحكي الايضاح بأن الخلاف في بيع ثمر الشجر قبل الظهور أزيد من عام كما في النخل: بل صرح في الاول بالاجماع على عدم جواز بيعها عاما واحدا قبل الظهور كالنخل .

وبالجملة لايخفى على من تأمل نصوص المقام وفتاوى الاصحاب ظهور إتحاد الحكم فيها: لكن ربما نقل عن العلامة الفرق بين ثمرة النخل وثمرة غيره، فجوز بيع الاولى بعد ظهورها قبل بدو الصلاح عامين، ومنعه في الثانية، وفيه أن الذي وقفنا عليه من كلامه صريح في خلافه .

وكيف كان فمقتضى ماذكرنا أنه لاخلاف في عدم جواز بيعها قبل الظهور عاما ،

(١ و ٢) الوسائل الباب ــ ٢ ــ من ابواب بيع الثمار الحديث ــ ٣ ــ ٢

(٣) الوسائل الباب ١ ــ من ابواب بيع الثمار الحديث ٧

(٤) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمار

وفي التذكرة «الاجماع عليه» وفي العامين والضميمةماعرفت، ولاخلاف أيضافي بيعها بعدالظهور وقبل البدو بناء على انفكاكهما فيها بشرط القطع، أوالضميمة أوعامين، أما بدون ذلك ففيه البحث السابق،وحينئذيتجه للمصنف أن يقول ﴿لايجوز بيعهاحتى يبدو صلاحها ﴾ بعد تقييده في صورة الظهور بماتقدم: لماسمعته من كلامه في غير اشتراط القطع، بناءعلى ماعرفت من اختياره ﴿وحده﴾ أي بدوالصلاح فيها ﴿ ان ينعقد الحب ولايشترط زيادة عن ذلك على الاشبه﴾

بل عن الكفاية أنه أشهر، لكن في معقد شهرة التنقيح إضافة تناثر الورد إليه، و ظاهره أوصريحه أنه مرادمن لم يضفه إليه، ولذاجعل في المسألة قولين، هذا أحدهما، و الثاني ماتسمعه من عبارة المبسوط؛ ونحوه مافي غاية المرام ومحكي إيضاح النافع، إلا أنه خص الشهرة بالمتاخرين في أولهما، ويؤيده أنالم نجدفي النصوص مايشهد للاطلاق، إذليس إلاخبر ابن شريح (١) «وبلغني أنه قال في ثمر الشجر: لابأس بشرائه إذا صلحت ثمرته، فقيل: وماصلاح ثمرته؟ فقال: إذاعقد بعد سقوط ورده» وموثق عمار (٢) «سألته عن الكرم متى يحل بيعه؟ قال: إذا عقد وصارعقودا، والعقود اسم الحصرم بالنبطية» كما قيل: والثاني في خصوص الكرم، والاول قد اعتبر فيه تناثر الورد، فيقوى حينئذ إتحاد القولين، خلافا للمسالك وغيرها، ولعل الانعقاد إنمايكون بعد تناثر الورد كماهو ظاهر الخبر.

وحينئذ ينحصر الخلاف فيماعن المبسوط والمهذب، قال في أولهما «بدو الصلاح يختلف، فإن كانت الثمرة مماتحمر أوتسود أوتصفر فبدو الصلاح فيها حصول هذه الالوان، وإن كانت مماتبيض، فبأن تتموه، وهو أن يتموه فيها الماء الحلو ويصفو لونها، وإن كانت ممالاتتلون مثل التفاح؛ فبأن يحلو ويطيب أكله؛ وإن كان مثل البطيخ فبأن يقع فيه النضج، قال،: وقدروى أصحابنا أن التلون يعتبر في ثمرة النخل خاصة، فأمامايتورد فبدو صلاحه أن ينتثر الورد وينعقد؛ وفي الكرم أن ينعقد الحصرم، وإن كان مثل القثا

(١و٢) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمار الحديث ١٣-٦

والخيار الذي لايتغير طعمه، ولالونه، فان ذلك يؤكل صغاراً، فبدو صلاحه أن يتناهى عظم بعظه» .

وهو إن كان قد يشهد له نصوص الاطعام والبلوغ والادراك، إلا أنه ـ بعد اعترافه بكون رواية أصحابنا خلافه، وقد عرفت أيضاً أن عملهم على ذلك، ـ لاينبغي الالتفات إليه؛ سيما بعد أن حكاه في التذكرة عن الشافعي الذي قد جعل الله الرشد في خلافه، وليس المراد من نصوص الاطعام والادراك والبلوغ،(١) بيان أول مرتبة بدو الصلاح، بل يقوى في النفس ماذكرناه سابقا من أن هذه غايات لرفع كراهة البيع قبلها، المختلف شدة و ضعفا باختلافها كاختلاف الخصومة التي قد عرفت سابقا أنها سبب النهي عن البيع قبل بدو الصلاح .

ومن ذلك يعرف مافي المحكي عن السرائر أيضا، قال : « بدو الصلاح في ثمرة النخل الحمرة والصفرة، وما عداها فحين يتموه فيها الماء الحلو؛ ويصفر لونها و قال : ولايعتبر التلون والتموه والحلاوة عند أصحابنا، إلا في ثمرة النخل خاصة. وإن كانت الثمرة مما تتورد، فبدو صلاحها أن يتنثر الورد وينعقد، وفي الكرم أن ينعقد الحصرم؛ و إن كان غير ذلك فحين يحلو ويشاهد؛ وقال بعض المخالفين : إن كان مثل القثا والخيار لايتغير طعمه ولالونه، فبدو صلاحه أن يتناهى عظم بعضه، قال» : وقد قلنا إن أصحابنا لم يعتبروا بدو الصلاح إلا فيما اعتبروه من النخل والكرم. وانتثار الورد فيما يتورد ويمكن ارجاعه إلى المشهور، بل يمكن إرجاع كلام الشيخ اليه على إرادة أن ماذكره لغيرنا، فتأمل.

وعلى كل حال فقد عرفت أن الموجود في النص الانعقاد من دون ذكر الحب، وبه عبر في اللمعة ، بل وماسمعت من عبارتي المبسوط والسرائر، والظاهر إرادة انعقاد الثمرة، فان كانا متلازمين وإلا فالتعبير به أولى وأعم، لعدم الحب في بعض الثمار هذا و في المسالك وغيرها أنه على ما اختاره المصنف من تفسير بدو الصلاح يتحد وقت الظهور

(١) الوسائل الباب ـ ١ ـ من ابواب بيع الثمار ـ

وبدو الصلاح، إذ ليس بينهما واسطة، أي فلا تظهر فائدة حينئذ للقولين السابقين في النخل، وإنما تظهر فائدتهما لو قلنا بتأخر بدو الصلاح عن الظهور.

قلت : قد يمنع اتحادهما على تفسير المصنف أيضاً، خصوصاً بعد أن عرفت أنه هو المراد من القول الثاني، فلاحظ وتأمل، ويؤيده أن الفاضل في التذكرة مع قوله فيها بأن بدو الصلاح في ثمرة الاشجار الانعقاد، قال : «يجوز بيعها بعد الظهور وقبل البدو سنة وسنتين مع الضميمة إلى الاصول وغيرها» وقد سمعت سابقاً دعواه الاجماع على عدم جواز بيعها قبل الظهور سنة .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿هل يجوز بيعها سنتين فصاعداً قبل ظهورها قيل : ﴾ و القائل الصدوق وبعض متأخرى المتأخرين ﴿نعم﴾ بناء على اتحاد الحكم فيها مع النخل ﴿ والاولى المنع﴾ بل هو الاصح ﴿لتحقق الجهالة﴾ كما عرفت البحث فيه في النخل سابقا مفصلا، وربما استشعر من قوله هنا الاولى الجواز كقوله المروي هناك؛ و التحقيق ما سمعت .

﴿ وكذا ﴾ الخلاف فيما ﴿ لو ضم إليها شيئا ﴾ وباعه معها عاماً من ﴿ قبل انعقادها ﴾ بناء على إرادة الظهور منه فالبحث في صحته حينئذ نحو ما سمعته في النخل إلا أن المصنف لم يذكره هناك ، فيستفاد منه حينئذ أولوية المنع في المقامين على تقدير عدم الفرق بينهما، واحتمال إرادته بعد الظهور وقبل الانعقاد الذي هو بدو الصلاح بناء على تأخره عنه يدفعه أن مقتضاه حينئذ الفرق بين النخل والشجر، إذ لا خلاف في جواز بيع الثمرة الاول قبل بدو الصلاح مع الضميمة كما سمعت، وقد عرفت اتحاد الحكم فيهما فتوى ونصاً .

ومن الغريب ما في المسالك هنا من أن الاجود المنع، وموضعه ما لو كانت الضميمة غير مقصودة بالبيع، بحيث تكون تابعة أو هما مقصودان، أما لو كانت الضميمة مقصودة والثمرة تابعة صح كما مر، اذ فيه أن المفروض قبل الانعقاد الذي هو الظهور، وبدو الصلاح عنده والضميمة لا تجدى في جواز بيع المعدوم وقياس هذا الضميمة إلى المجهول قد

عرفت أنه مع الفارق : نعم يتجه الجواز هنا بالضميمة؛ بناء على اختلاف حالي الظهور والانعقاد على نحو ما سمعته في ثمرة النخل اذا ظهرت ولم يبدو صلاحها والله أعلم.

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿اذا انعقد﴾ ثمر الشجر﴿ جاز بيعه مع أصوله﴾ بلا خلاف ﴿ ومنفردا ﴾ كذلك بناء على أنه هو بدو الصلاح ﴿ سواء كان ﴾ الثمر﴿ بارزا﴾ مشاهدا ﴿ كالتفاح والمشمش والعنب. أو في قشر يحتاج اليه لا دخاره كالجوز في القشر الاسفل، وكذا اللوز، أو في قشر لا يحتاج اليه كالقشر الاعلى للجوز و الباقلا الاخضر والهرطمان والعدس ﴾ بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بل ولا اشكال، وفي التذكرة الاجماع عليه اعتمادا في ذلك كله على أصل السلامة، خلافا للشافعي فلم يجوز بيع ذى القشر الاعلى كالجوز واللوز الا بعد نزع القشر الاعلى سواء كان ذلك على الشجر أو وجه الارض ولا ريب في ضعفه .

﴿وكذا﴾ البحث في ﴿السنبل﴾ أي لا يجوز شراؤه قبل الظهور وانعقاده الذي هو بدو صلاحه ويجوز بعده ﴿سواء كان بارزا كالشعير أو مستترا كالحنطة ، منفردا أو مع أصوله، قائما وحصيدا﴾ للاصل السالم عن المعارض، وأما شراء الزرع قبل أن يسنبل، فلا اشكال بل ولا خلاف معتد به في جواز شرائه مع اشتراط التبقية، أو القصل أو بدونهما للاصل والنصوص المستفيضة المعتبرة(١) خلافا لما عن الصدوق في باب المزارعة ، فلم يجوز بيع الزرع قبل السنبل الا مع القصل يعلفه للدواب ، وتسمع البحث فيه ان شاء الله عند تعرض المصنف له، والله أعلم.

﴿ وأما الخضر ﴾ كالقثا والباذنجان والبطيخ والخيار﴿ فلا يجوز بيعها قبل ظهورها﴾ اجماعا على الظاهر كما قيل، وفي الحدائق « الظاهر أنه لا خلاف فيه لانها معدومة، وللجهالة والغرر، وفحوى نصوص النخل والاشجار(٢) مضافا الى ما في موثق

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب بيع الثمار

(٢) الوسائل الباب ـ١ من ابواب بيع الثمار

سماعة(١) سألته عن ورق الشجر هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات ؟ فقال : إذا رأيت الورق في شجره فاشتر منه ما شئت منه من خرطة» وبه يقيد خبر معاوية بن ميسرة(٢) «قال: سألته عن بيع النخل سنتين قال : لابأس به، قلت : فالرطبة يبيعها هذه الجزة وكذا وكذا جزة بعدها؟ قال: لا باس به، قال: ثم قال: كان أبي عليه السلام يبيع الحنا كذا وكذا خرطة» بل بناء على إرادة بيع النخل الظاهرة ثمرته في السنة الاولى، لعدم الجواز بدونه يقوى إرادة ذلك أيضاً في الرطبة، وكذا يقيد ما في صحيح بريد السابق (٣) لما سأل أباجعفر عليه السلام « عن الرطبة تباع قطعة أو قطعتين أو ثلاث قطعات ؟ فقال : لابأس » الحديث ﴿و﴾ منه وما تقدمه يعلم أنه ﴿يجوز﴾ بيع الخضر ﴿ بعد انعقادها﴾ وإن لم يتناهى عظم بعضها؛ بلاخلاف أجده فيه، بناء على أنه مبدء إصلاحها دونه، أو أنه به يتحقق الظهور. ولم نشترط الجواز بالبدو ومشاهدتها، فلو كانت مستورة في الارض كالجزر والثوم ونحوهما لم يجز للجهالة كما صرح به الفاضل في جملة من كتبه، بل نسبه في الدروس إلى جماعة؛ لكنه حكى فيها عن أبي علي جوازه، واختاره هو تحكيما للعرف ، قال : وأولى بالجواز الصلح؛ و فيه منع تحكيم العرف في ذلك بعد أن لم يكن مرئيا ولا موصوفا، كما اعترف به في جامع المقاصد ، بل قال : لايجوز بيعا بل ولا صلحا، وهو متجه بناء على عدم اغتفار مثل هذه الجهالة في الصلح .

نعم يمكن القول بالصحة لو ضم ما ظهر من ورقه مثلا إليه، بناء على جواز بيع المجهول إذا ضم معلوم إليه إلا أن المتجه التفصيل بالقصد وعدمه ؛ بناء عليه في الضميمة، وبالجملة يجري عليه حكمها، ولكن المسألة لايخلو بعد من إشكال، أما إذا كانت الخضرة ظاهرة ومنعقدة، فلا إشكال في جواز بيعها ﴿لقطة واحدة ولقطات﴾

---

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب بيع الثمار الحديث ٢

(٢) ذكر صدره في الوسائل الباب ١ ـ من أبواب بيع الثمار الحديث ١١ ـ وذيله في الباب ٢ الحديث ٣

(٣) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمار الحديث ١

معلومة والمرجع في اللقطة إلى العرف ، ومع فرض الشك فيه يبقى على ملك المالك؛ ﴿ وكذا ﴾ يجوز بيع ﴿ مايقطع فيستخلف كالرطبة والبقول جزة و جزات وكذاما يخترط كالحنا والتوت ﴾ بالتائين المثناتين خرطة وخرطات؛ بل قيل : على الاول تنزل عبارتا النهاية والسرائر، « لايجوز بيعها قبل بدو صلاحها؛ لان مختارهما في الكتابين أن بدو الصلاح الانعقاد وتناثر الورد، وأما ماعن المبسوط من نحو ذلك، فينبغي تنزيله على مختاره فيه الذي قد سمعته؛ بل حكي عنه التصريح هنا بأنه اذا باع حمل البطيخ والقثاوالحنا بعد ظهوره قبل بدو صلاحه بشرط القطع جاز و ان شرط التبقية أو مطلقا لم يجز؛ ونحوه عن القاضي .

نعم مافي الوسيلة من نحو ذلك أيضا يمكن أن يكون موافقا للمشهور، لاحتمال أن مختاره في بدو الصلاح مختارهم، ومافي المقنعة ومحكي المراسم من أنه يكره بيع الخضروات قبل أن يبدو صلاحها، يمكن أن يكونا موافقين للشيخ في الموضوع دون الحكم الذي قد عرفت في النخل والشجر صحته، وأنه لايشترط بعد الظهور بدو الصلاح، ومانحن فيه مثله على الظاهر، فيجري فيه ماتقدم سابقا فلاحظ وتأمل .

وعلى كل حال فلايقدح انعدام ماعدا الاولى بعد ضمها إليها كالمتجدد من الثمرة في السنة أو في القابل إلى الثمرة الظاهرة، ولااشعار في عبارة المتن باشتراط الوجود في جميع اللقطات، وان خص الجواز بالانعقاد، الأن مراده ولو بالاولى نحو قوله في ثمرة النخل وغيره نعم لايجوز بيع الثانية والثالثه مستقلة، إذ هي كالاولى قبل ظهورها ، لكن عن أبي حمزة يجوز بيع الرطبة وأمثالها الجزة أو الثانية أو الثالثة أو جميعها، ولاريب في ضعفه إن أراد ذلك. نعم قد يقال : يجوز بيع ذلك قبل ظهوره إذا انضم إلى ماظهر من الخضراوات نحو ماقلناه في الشجر، بل المرسل السابق (١) الذي هو كالموثق شامل للمقام، فلاحظه، بل يمكن الاكتفاء فيه بضمه إلى ماظهر من ثمر النخل أو الشجر، لاطلاق المرسل السابق؛ كما أنه يكتفى بظهور الخضروات في البستان عن ظهور ثمرات أشجارها

---

(١) الوسائل الباب-٢-من ابواب بيع الثمار الحديث-٢

فتكون هي حينئذ كثمرة الشجرة بل لعله المراد من ذيل خبر أبي الربيع السابق(١) بل يمكن ارادة ذلك من الرطبة والبقل في موثق سماعة (٢) المتقدم آنفا دليلا لمطلق الجواز مع الضميمة، الا أنه ينبغي الاقتصار في ذلك على مافي الحائط الواحد أخذا بالمتيقن.

﴿و﴾ كيف كان فحيث ﴿يجوز بيعها﴾ يجوز ﴿منفردة ومع أصولها﴾ بل لايعتبر في الثاني بدو الصلاح عند القائل به، بناء على أنه غير الظهور، اذ هي حينئذ كثمر النخل والشجر، وكذا ضم غير الاصل ﴿ولو باع الاصول﴾ قبل ظهور الثمرة جاز مع الاطلاق وبشرط التبقية و القطع، اذ هو كالزرع وكأصول الاشجار ولا فرق في ذلك بين ظهور الورد فيها وعدمه، بل الظاهر جواز بيع الورد الذي تتولد منه الثمرة مطلقاً او بشرط التبقية بناء على جوازه في ثمرة النخل والشجر لعدم الفرق بينهما أما مع شرط القطع أو الضميمة فلا ينبغي التأمل في الجواز كالثمرة أيضاً، ولو باعها أي الاصول في الخضر وغيرها عدا النخل ﴿بعد انعقاد الثمرة لم تدخل في البيع الا بالشرط﴾ ونحوه بلا خلاف للاصل.

نعم نظر في الدروس في تبعية ورق التوت والحنا والاس، قال: «وكذا قضيب ما اعتيد قضيبه (قضبانه خ) كالخلاف، مع أن الأقوى عدم التبعية أيضاً اذا فرض كونه ثمرة معتداً به، ولم يكن هناك عرف يقتضي التبعية كما هو كذلك في ورق التوت في بلداننا بحسب هذه الازمنة.

﴿و﴾ على كل حال حيث لا تدخل ﴿وجب على المشتري ابقاؤها﴾ مجانا ﴿الى أوان بلوغها﴾ إن كان المعتاد قطعها عنده والا فقبله، وهو مختلف اذ منه ما يؤخذ بسرا مثلا ومنه رطبا ومنه تمرا ومنه عنباً، ولا يقدح عدم ضبطه بما لا يقبل الزيادة والنقصان بعد ان لم يكن أجلا مضروباً في العقد وانما هو كالحكم الشرعي الثابت من اطلاق الادلة الذي لاريب في ظهوره في بقاء الثمرة الى أوان صيرورتها كذلك، وخصوصاً

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمار الحديث ٧

(٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب بيع الثمار الحديث -١-

نصوص الزرع (١) بل ترك الاستفصال في غيرها مع معلومية كون المراد من السؤال شراؤها حال كونها بالغة مدركة كالصريح في ذلك، ومرجعه حينئذ إلى اغتفار عدم الضبط هنا وإن كان مقصوداً للمتعاملين، لأنه لم يقصداه أصلا وهو حكم شرعي تعبدي محض؛ لعدم الدليل عليه على هذا الوجه، ومن ذلك وغيره يعلم أنه لا وجه للمناقشة في الرياض، «بأنه لا دليل على وجوب التبقية المخالفة لاصالة حرمة التصرف في مال الغير واستناد البعض الى استلزام كون الثمرة للبايع ذلك غريبين ،وحديث نفي الضرر بالمثل معارض؛ فان كان إجماع أو قضاء عادة بذلك؛ وإلا فالامر ملتبس» وقد عرفت أنه لا التباس فيه سيما بعد شهرة الاصحاب، بل لم يعرف فيه خلاف باعتراف المناقش، ومن غريب ما اتفق له أنه هنا توقف في الحكم أشد توقف؛ حتى جعل الامر عليه ملتبساً وقد تقدم له في باب الشروط أنه لا إشكال في الحكم المزبور.

وكيف كان فلو اختلفت العادة فالاغلب إذا كان بحيث ينصرف الاطلاق إليه، ومع التساوي احتمل وجوب التعيين، للغرر، والتنزيل على الادنى اقتصاراً فيما خالف الاصل الدال على حرمة التصرف في مال الغير على المتيقن، والأعلى استصحاباً للجواز، وكذا لو استثناها البايع أو اشتراها خاصة من دون الاصول مشترٍ، وربما ظهر من بعض نصوص الزرع (٢) أن الخيار بيد من له الثمرة فان تم وإلا كان القول بالتعيين متجها، لعدم معلومية قصدهما الذي قد عرفت مدخليته، ولذا كان الحكم فيما لو اعتاد قوم على قطع الثمرة قبل أوان بلوغها تنزيل الاطلاق عليه، كما صرح به الفاضل وغيره، وكذا لو تعارف عندهم بقاؤها إلى ما بعد ذلك نزل عليه أيضاً، لان الاعتياد المفروض كالقرينة على إرادتهما ذلك، اذ هو ظاهر في أن الحكم بالبقاء ليس تعبدياً محضاً، بل للقصد فيه مدخلية نعم الغى الشارع هنا اعتبار التعيين؛ فتأمل جيداً .

ولكل من مشتري الثمرة وصاحب الاصل سقي الشجرة؛ مع المصلحة له، وانتفاء

---

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب بيع الثمار

(٢) الوسائل الباب ١١ من ابواب بيع الثمار الحديث -٩- ١٠

الضرر عن الاخر، ولايجب على البايع السقي، وإن وجب عليه التبقية المنصرف الاطلاق إليها، وماعداها إنماء لايجب عليه؛ نعم يجب عليه التمكين منه مع الحاجة وعدم ضرورة، فلو تلفت بترك السقي فان لم يكن قدمنع فلاضمان عليه، وإن منع ضمن، وكذا لو تعيبت، ولو تضرزا بالسقي معاً منعا منه، ولو كان يضر أحدهما وينفع الاخر فقد تقدم للمصنف فيما يندرج في المبيع ترجيح مصلحة المشتري؛ إلا أنه فرض المسألة في بيع الاصول وبقاء الثمرة للمالك. والظاهر أنه لافرق بين المقامين، فالتحقيق حينئذ ماتقدم هناك؛ كما أنه تقدم أيضاً تحقيق الحال فيما لو استلزمت التبقية ضرراً كثيراً على الاصول فلاحظ وتأمل.

فانه منه يعلم الحال أيضاً فيما ذكره الفاضل هنا في القواعد «من أنه لو انقطع الماء لم يجب قطع الثمرة على مشتريها، وإن تضرر الاصل بمص الرطوبة» إذ ما ذكرناه سابقا وإن كان مفروضاً في بيع الاصول وبقاء الثمرة للمالك كما هو المفروض؛ في كثير من كلمات الاصحاب، إلا أنك قد عرفت عدم الفرق بينهما عند التأمل، إذ ما وجه به البقاء هنا من أن المشتري قد دفع ثمنه عن الثمرة وبقائها، وإطلاق العقد المنصرف إليه كالتصريح به؛ - والعدم بعدم انصراف الاطلاق إلى صورة الضرر الكثير ونحو ذلك - بعينه جار في صورة العكس كما هو واضح والله أعلم.

﴿و﴾ كيف كان ففي مفروض مسألة المتن جميع ﴿ مايحدث بعد﴾ تلك الثمرة الموجودة عند﴿ الابتياع للمشتري﴾ بلاخلاف ولاإشكال، لانها نماء ملكه؛ كما أنه لو باع الثمرة الموجودة خاصة كان جميع مايحدث بعد للبايع لذلك، إلا أن الفرق بينهما أنه لو امتزجا في الصورة الاولى لم يتجه إلا الشركة؛ ولافسخ لاحدهما ولاإنفساخ، للاصل السالم عما يقتضي أحدهما. أما الثانية ففي اللمعة «تخير المشتري بين الفسخ والشركة، ولو اختار الامضاء فهل للبايع الفسخ بعيب الشركة؟ نظر؛ أقربه ذلك، إذا لم يكن تأخر القطع بسببه، وحينئذ لو كان الاختلاط بتفريط المشتري مع تمكين البايع وقبض المشتري؛ أمكن عدم الخيار، ولو قيل: بأن الاختلاط إن كان قبل القبض

تخير المشترى؛ وإن كان بعده فلاخيار لاحدهما كان قوياً».

قلت : هو الذي ذكره الفاضل في المختلف والتذكرة، إلاأنه قال في أولهما : «يفسخه الحاكم لتعذر التسليم » بل لم يذكر في الدروس غيره جازماً به، واستحسنه في الروضة إن لم يكن الاختلاط قبل القبض بتفريط المشترى، وإلافعدم الخيار له أحسن، لان العيب من جهته فلايكون مضموناً على البايع ولعله مراد غيره ولايسقط هذا الخيار ببذل التفاوت كغيره من خيار الغبن ونحوه؛ بل لو بذل البايع الجميع لم يجب القبول، للاصل والمنة، بل لو قبله أمكن عدم سقوط الخيار وان زالت الشركة، اكتفاء بحصول السبب أولا ،خلافاً للمحكي عن الشيخ وابن البراج من أنه يقال للبايع : إما أن تسلم الجميع فاذا فعل أجبر المشتري وإن لم يسلم يفسخ الحاكم البيع، وهو أحد قولي الشافعي؛ و الاخر الانفساخ من أول الامر لتعذر التسليم، وضعفهما معاً واضح، خصوصاً الثاني الذي لايتم إلاقبل القبض، مع أن تعذر التسليم ممنوع ، ضرورة إمكانه ولو بدفع الجميع، كغيره من بيع المشترك .

ومنه يعلم أن المتجه الصحة حتى لو علما الاختلاط من أول الامر؛ ولايحتاج إلى اشتراط القطع، بل احتمل في التذكرة هنا الصحة على تقدير البطلان في الامتزاج،قال : «لان الثمرة الآن لاموجب للبطلان فيها ،والامتزاج مترقب الحصول، فلايؤثر في صحة البيع السابق » ومراده صحة العقد قبل الاختلاط، وإن بطل حينئذ بعد حصوله ، بناء عليه فيه؛ وقد عرفت ضعفه، فلاريب في أولوية التفصيل السابق منهما، مقيداً بما سمعته من الروضة .

نعم يمكن المناقشة في دعوى ضمان البايع مثل ذلك قبل القبض، إذ هو من قبيل فوات صفات الكمال، والاصل في العقد اللزوم خصوصاً إذا لم يكن من قبله، وأما ما ذكره أولا في اللمعة فهو مع اضطرابه واضح الضعف، إذ حاصله بعد تقييد أول كلامه بآخره أن الخيار لهما معاً قبل القبض وبعده إذا لم يكن بتفريطهما ، وإلا اختص به غير المفرط .

وفيه أنه لاوجه معتدبه لخيار البايع المنافي لاصالة اللزوم بجناية المشترى أو غيره على ماله؛ كما أنه لاوجه لخيار المشتري بعد القبض بذلك من البايع وغيره كما هو واضح ومنه يعلم اطلاق ما في القواعد « من أن الاقرب مع مماحكة البايع ثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ والشركة، ولاخيار لو وهبه البايع على إشكال» بل في كلامه نظر من وجوه اخر تظهر بأدنى تأمل ، كظهوره فيما سمعته من المختلف من فسخ الحاكم، وكذا المبسوط ؛ ونحوهما مافي الوسيلة من أنه إن اختلط ولم يتميز ولم يسلم البايع جميعه فسخ العقد بينهما؛ ثم على الاشتراك يجب أخذ قدر مالكل منهما من الثمرة إن علماه و إن جهلا عينه: فان لم يعلما تخلصا بالصلح ولو تنازعا في القدر فالقول قول صاحب اليد منهما، إلا أن تشخيصه في الثمار مشكل، وللشافعية وجهان مبنيان على أن الجائحة من ضمان البايع أو المشتري، وثالث أنها في يدهما جميعاً وضعف الجميع واضح، وفي التذكرة «أن الوجه كون اليد للمشتري إن كان البايع سلمه الثمرة بتسليم الاصل، و إن كان الاصول في يد البايع والثمرة في يد المشتري فهما صاحبا يد. قلت : اليد على الاصول لاتجدي فيما نحن فيه، مع أن الاصل أيضاً موافق لصاحب الثمرة، لاصالة عدم زيادة المتجدد والله أعلم .

﴿واما﴾ البحث في ﴿اللواحق فمسائل﴾

﴿ الاولى : يجوز ﴾ لبايع الثمرة ﴿ أن يستثني ثمرة شجرات ؛ أو نخلات بعينها﴾ بلا خلاف ولا إشكال بل الاجماع بقسميه عليه، وكذا استثناء عذق معين ونحوه نعم لو أبهم في شيء من ذلك بطل بلا خلاف بل في التذكرة الاجماع عليه للجهالة في المبيع حينئذ، ومنه الاجود أو الاردى إذا لم يكن معلوماً بينهما على وجه يكون مشخصا؛ ويجوز له أيضاً بلا خلاف ﴿و﴾ لا إشكال ﴿ ان يستثني حصة مشاعة﴾ كالثلث ﴿أو﴾ الربع، بل الاجماع بقسميه عليه أيضاً، بل المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة أنه يجوز له أيضاً ان يستثني ﴿ارطالا﴾ مثلا ﴿ معلومة ﴾ بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا، بل عن

الخلاف الاجماع عليه ، للاصل و صحيح ربعي (١) المتقدم سابقا وخبره الآخر (٢) «في الرجل يبيع الثمرة؛ ثم يستثني كيلا وتمراً؟ قال: لا بأس به قال: وكان مولى له عنده جالسا فقال المولى : إنه ليبيع ويستثني أوساقاً يعني أبا عبدالله عليه السلام ، قال : فنظر إليه ولم ينكر ذلك من قوله » خلافاً لابي الصلاح منا، والشافعي وأبي حنيفة وأحمد بن حنبل من غيرنا، فلم يجوزوه، لادائه إلى جهالة مقدار المبيع من المشاهد الذي طريق معرفته المشاهدة، كما لو استثنى مشاهداً من الموزون الذي طريق اعتباره الوزن، بأن باعه الموزون مستثنياً منه مشاهداً غير موزون ، وهو اجتهاد في مقابلة النص، المعتضد بما سمعت، وبعدم تحقق الجهالة في مثله عرفاً؛ سيما بعد أن كان مرجع هذا الاستثناء إلى حصة مشاعة نسبتها إلى المجموع نسبة الارطال المعلومة اليه ، وجهالة مقدارها في ذلك الوقت بعد أن كانت مضبوطة بما لا يقبل الزيادة والنقصان غير قادح، كما لو باعه صاعاً من الصبرة على هذا الوجه، بل الظاهر الصحة لو باع مختلف الاجزاء كالارض و نحوها مستثنيا منها أذرعاً مخصوصة على إرادة النسبة المزبورة، فتأمل جيداً.

ومنه يعلم وجه ما ذكره المصنف ﴿و﴾ غيره من أنه ﴿ لو خاست الثمرة سقطت من الثنيا ﴾ إذا كانت حصة مشاعة أو أرطا لا معلومة ﴿بحسابه﴾ بل لا أجد فيه خلافاً بينهم نعم لهم بحث سابق في بيع الصاع من الصبرة؛ وقد اعترف في الدروس هنا بأنه قد يفهم من هذا التوزيع، تنزيل شراء صاع من الصبرة على الاشاعة، لكن في الروضة «أنه قد تقدم ما يرجح عدمه ففيه سؤال الفرق » قلت : قد مر لنا خلاف ذلك؛ وأن الراجح تنزيله على الاشاعة؛ بل قلنا : هناك لو صرح بعدم إرادة الاشاعة، أمكن بطلان البيع، لان بيع الكلي ما لم يكن في الذمة أو منزلا على الاشاعة؛ يتحقق به الجهالة.

وقد يؤيده ما في التذكرة هنا من أنه لو صرح بارادة الاستثناء مما يسلم من الثمرة

---

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب بيع الثمار الحديث ٤

(٢) الوسائل الباب ١٥ من ابواب بيع الثمار الحديث ١

أمكن بطلان البيع، أللهم إلاأن يستند في مسألة الصاع إلى خبر الاطنان (١) أوغيره مما مر تحقيقه هناك، فلاحظ وتأمل ماأسلفناه هناك، فانه نافع في المقام بالنسبة إلى غير ذلك أيضا، حتى بالنسبة إلى اشتراط صحة بيع الصاع من الصبرة، بالعلم باشتمالها عليه وعدمه، و ان كان الظاهر عدم الصحة في المقام، مع عدم العلم؛ للشك في أصل وجود المبيع، لاحتمال الاستغراق، تنزيلا لاطلاق النص والفتوى على المعهود مايعلم فيه عدم الاستغراق مع احتماله هنا، وتكون الصحة مراعاة كما أن النقص هناك يجبر بالخيار، إلاأنه ضعيف جدا ، خصوصاً بناء على أن مدرك الصحة النص السابق، وأنه لولاه لكان باطلا للجهالة، فتأمل.

والظاهر أنه لافرق في استثناء الارطال بين وجود الثمرة وبين عدمها كما لو باعه ثمرة سنتين مستثنيا الارطال، للاطلاق ولاينزل اشاعة السنة الثانية على نسبة السنة الاولى لاختلافها ، بل كل منهما على نسبتها، ولولم يخرج في السنة الثانية الامقدار المستثنى فمادون، ففي الصحة والبطلان وجهان ينشئان من تنزيل ذلك منزلة مالوخاست الثمرة وعدمه؛ وعلى الاول يقدرلها حينئذ ثمرة العادة وينسب لها الارطال الموجودة، فيستحق المشتري على حسب تلك النسبة؛ لكنه كماترى لايخلو من بعد، بل ينقدح منه احتمال صحة استثناء الارطال في الثمرة المشاهدة دون غيرها .

ثم انه قد صرح غير واحد بأن طريق معرفة الاشاعة في مسألة الارطال تخمين الفائت بالثلث والربع مثلا ثم تنسب الارطال إلى المجموع، ويسقط منها بالنسبة ، لكن قد يقال : ان التخمين ان صح الاعتماد عليه باعتبار إنحصار الطريق فيه، فهو بالنسبة إلى الفائت، أما نسبة الارطال فيمكن معرفتها على التحقيق، فلاينبغي الاكتفاء فيها بالتخمين بل الاولى الرجوع إلى الصلح بعد معرفتها أيضاً لعدم الدليل على الاكتفاء بالتخمين الذي يمكن أن يكون محلا للنزاع ، وربما يتعسر معرفته في بعض الاحوال أو يتعذر هذا .

---

(١) الوسائل الباب ١٩ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ١

وقد قيد ثاني المحققين والشهيدين وغيرهما نحو إطلاق المتن بما اذا كان التلف بغير تفريط، قيل : والمراد إنه إذا كان بتفريط المشتري مثلا اختص التالف به، قلت : الظاهر ارادة اختصاص الضمان به؛ وإلا فلاريب في أن التالف على كل تقدير يكون منهما، بناء على الأشاعة المزبورة؛ لعدم ما يقتضي اختصاص التالف أو الباقي باحدهما، فلا فرق حينئذ في ذلك بين كون التلف منهما أو من أجنبي أو من آفة سماوية، فيكون الاطلاق حينئذ صحيحاً ، أللهم إلا أن يدعى عدم جريان حكم الاشاعة لو كان التلف من أحدهما او خصوص المشتري وهو كما ترى :

المسألة ﴿الثانية: إذا باع ما بدا صلاحه﴾ مثلا ﴿فأصيب﴾ الكل بآفة من الله سماوية أو أرضية ﴿قبل قبضه﴾ الذي هو التخلية ﴿كان من مال بايعه﴾ كغيره من أفراد المبيع للعموم و غيره مما تقدم في محله ، و الظاهر الحاق النهب والسرقة ونحوهما مما لايكون المتلف فيه شخصاً معيناً ، بها لا بتلف الأجنبي الذي ستعرف أنه مسلط على الخيار، دون الانفساخ، لصدق التلف بها وقد سمعت ما في خبر عقبة (١) من السرقة، و في التذكرة هنا «لافرق بين أن يكون التلف بأمر سماوي كالريح والثلج والبرد أو بغير سماوي كالسرقة والحرق » إلا أن الظاهر إرادة التعريض به على خلاف أحمد، من أنها ان تلفت بأمر سماوي كان من ضمان البايع، وإن تلفت بنهب أو سرقة كان من ضمان المشتري فتأمل جيداً .

﴿ وكـذا لو أتلفه البايع ﴾ مباشرة أو تسبيباً لاولويته من التلف بالافة ؛ لكن ظاهره الانفساخ قهراً به كالافة، ولم أعرفه إلا للمحكي عن الشيخ في مبسوطه ومحتمل الايضاح، لصدق التلف وهو جيد؛ إلا أن الفرق بينه وبين تلف الاجنبي غير واضح ، ومن هنا كان المعروف بين المتأخرين الحاقه به، فيتخير المشترى بين الفسخ ومطالبة البايع بالمثل أو القيمة .

(١) الوسائل الباب ـ ١٠ من ابواب الخيار الحديث ـ ١

﴿و إن أصيب البعض﴾ انفسخ العقد فيه بلاخلاف فيه بيننا ، و ﴿أخذ السليم بحصته من الثمن ﴾ وكان له خيار التبعيض ، بل في التحرير « ان اختار الامساك فالاقرب تخير البايع » وهو لايخلو من نظر ﴿ولو أتلفه أجنبي كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع، وبين مطالبة المتلف ﴾ بلاخلاف أجده، فيه، جمعاً بين مادل على ضمان البايع، وعلى ضمان من أتلف مال غيره، ولاينحصر المراد بضمان البايع في الانفساخ قهراً الذي على تقديره هنا تلغو قاعدة ضمان المتلف، فلابد حينئذ من ارادة الفسخ الاختياري هنا، من ضمان البايع ولو لوجوب التسليم عليه، وقد تعذر؛ ومن ذلك يظهر لك قوة الخيار في اتلاف البايع، لاالانفساخ فتأمل جيداً، لما تقدم سابقا منا من التوقف في اقتضاء مثل هذا التعذر الموجب ضماناً على الغير الخيار .

﴿ ولو كان ﴾ التلف للكل أو البعض بآفة أو من أجنبي ﴿ بعد القبض وهو التخلية﴾ مطلقا أو في نحو الثمرة التي هي حال كونها على الشجر من غير المنقول ، ﴿لم يرجع على البايع بشيء على الاشبه﴾ باصول المذهب وقواعده، لخروجه عن ضمانه بالقبض، فلاانفساخ حينئذ ولافسخ، لكن في المحكي عن المبسوط و إن قلنا أنه ينفسخ في مقدار التلف أي بالآفة كان قوياً .

وفي المسالك « ذهب بعض الاصحاب إلى أن الثمرة على الشجرة مضمونة على البايع، وإن اقبضها بالتخلية نظراً الى أن بيعها بعد بدو الصلاح بغير كيل ولاوزن على خلاف الاصل، لان شأنها بعده النقل، والاعتبار بالوزن أو الكيل، و انما أجيز بيعها كذلك للضرورة، فيراعى فيها السلامة ؟» قلت: لم نعرف القائل بذلك منا نعم حكاه في التذكرة عن الشافعي في القديم معللا له بأن التخلية ليست بقبض صحيح، ولهذا لو عطشت الثمرة كان من ضمان البايع إذا تلفت وهو كما ترى، تعليلان عليلان، فلاريب في أن المتجه ما ذكرنا، بل لو أتلفه البايع أيضاً لم يثبت للمشتري فسخ ولاانفساخ، لعدم الدليل وإن رجع عليه بالمثل أو القيمة كالاجنبي .

﴿ولو أتلفه﴾ أي المبيع ﴿ المشتري في يد البايع استقر العقد، وكان الاتلاف

كالقبض، وكذا لو اشترى جارية وأعتقها قبل القبض ﴾ فانه بمنزلة القبض منه، ضرورة ظهور ما دل على ضمان البايع في كونه ارفاقا بحال المشتري؛ فلا يشمل ما إذا كان هو المتلف، وفي المسالك «إن إتلاف المشتري للمبيع في يد البايع أعم من كونه باذن البايع وعدمه، فان كان باذنه فهو قبض تترتب عليه أحكامه مطلقا، وإن كان بغير إذنه كما هو الظاهر فهو قبض من حيث انتقال الضمان إلى المشتري، وإن تخلف عنه باقي الاحكام والفرض هنا إنتقال الضمان، وإنما شبه الاتلاف بالقبض ولم يجعله قبضاً لان الاتلاف قد يكون بالتسبيب، فيكون في حكم القبض خاصة، وقد يكون بمباشرة المتلف فيكون قبضاً حقيقة» قلت: مقتضى التفصيل الاخير؛ عدم مراعاة الاذن في تحقق القبض وعدمه، ومقتضى التفصيل الاول عدم مراعاة المباشرة وعدمها، على أن قد سمعت في المباحث السابقة ما في التذكرة من عدم تحقق القبض بالاتلاف لو كان جاهلا ولو مع المباشرة، فلاحظ ما أسلفناه سابقاً وتأمل.

وكيف كان ففي حواشي الشهيد هنا «أن الاقسام أربعة عشر، لان التلف إما من البايع والمشتري أو من غيرهما، أو من البايع خاصة؛ أو المشتري خاصة، أو من البايع وأجنبي، أو من المشتري وأجنبي، أو منهما وأجنبي، فالاقسام سبعة وحينئذ إما أن يكون قبل القبض، أو بعده، فتبلغ أربعة عشر وجهاً، فالسبعة التي قبل القبض دركها على البايع إن لم يشاركه المشتري، وإن شاركه المشتري فالدرك على المشتري، والسبعة التي بعد القبض دركها على المشترى، ففي الاول ما أتلفه المشترى فهو قبض، وما أتلفه البايع فالمشترى بالخيار بين المطالبة بالمثل أو القيمة إن لم يكن مثليا؛ أو يفسخ ويغرم ما أتلف، وفي الثاني يتخير بين مطالبة المتلف مع الاجازة؛ أو يفسخ ويرجع بالثمن على البايع، وفي الثالث هو بالخيار أيضاً؛ وفي الرابع قبض منه، وفي الخامس يتخير، وفي السادس التلف منه ويرجع على الاجنبي بمقدار ما اتلف. وفي السابع أيضا كذلك يسقط ما أتلفه بفعله ويرجع عليهما بما قابل فعلهما».

قلت: لا يخفى عليك زيادة الاقسام مع ضم الافة إليها كما أنه لا يخفى عليك ما في اطلاق قوله إن الدرك على المشترى مع المشاركة، بل ظاهر كلامه عدم الخيار في السادس

والسابع، والفرق بينه وبين الاول غير واضح، فالمتجه ثبوت الخيار في الجميع، مع كـون المراد بالشركة إختصاص كل بتلف البعض على جهة الاستقلال. أما إذا كان الاشتراك على وجه يكون كل منهم بعض العلة بحيث استند التلف إلى المجموع فلا يبعد عدم الخيار في الجميع؛ أي جميع الصور التي يدخل فيها المشتري؛ لعدم الارفاق فيه حينئذ؛ والاصل اللزوم، بل لو فرض الاشتراك على هذا الوجه بين المشتري والآفة أو البايع، بناء على أنه كالآفة لم يكن إنفساخ؛ لعدم صدق المتلف على كل منهم، بل هو بعض المتلف، وفرق واضح بين متلف البعض وبعض المتلف والتنصيف بالضمان مثلا، لا لأن كلا منهما قد أتلف نصفاً بل لكون المجموع مصداق من أتلف، فضمان الكل عليه، لا على كل واحد منهما فينصرف إلى الاشتراك.

أما في نحو المقام فالاصول تقتضي لزوم العقد، فمع فرض تعليق الانفساخ مثلا على التلف بالآفة، لم يصدق مع كونه جزء سبب؛ وكذلك مقتضى الخيار لو فرض كونه كذلك نعم لو اشترك ما يقتضي الانفساخ وما يقتضي الخيار كالآفة والاجنبي، أمكن ثبوت الخيار في المقام لانه مقتضى كونه مضمونا على البايع مع احتمال عدمه. كما أن الظاهر ثبوت الخيار مع شركة البايع والاجنبي كذلك أيضاً، ولو اشترك البايع والآفة؛ وقلنا إن إتلاف البايع مثلها في الانفساخ، فالمتجه حصولها معهما إلا أن يفرض كون العنوان في كل منهما على جهة الاستقلال على وجه لا يندرج فيه حال الاشتراك، وحينئذ يتجه الخيار بناء على أن مقتضيه تعذر التسليم والفرض حصوله، فقد ظهر من ذلك أنه حيث يـدخل المشتري يرتفع الانفساخ والخيار، ويكون جزئيته في الاتلاف بمنزلة القبض، ويرجع على من شاركه على حسب شركته في السببية فتأمل جيداً، فان المسألة محتاجة مع ذلك إلى التحرير، بل فيه إحتمالات آخر هذا.

والظاهر جريان حكم التلف قبل القبض وبعده بالنسبة إلى ثمرة السنة الثانية لو كانت بعض المعقود عليه ولا يقوم القبض في السنة الاولى عنه فيها، كما أنه لا ينافي ذلك

استقرار الثمن على المشتري لو لم تظهر ثمرة أصلا ، كما يشهد لهم قوله ﷺ (١) «ان لم تخرج في هذه السنة تخرج في قابل» لان ذلك مقتضى العقد على المعدوم الذي صيره الشارع بحكم الموجود في صحة البيع ، بل هو غير مندرج في المبيع التالف قبل القبض، لعدم وجوده، بخلاف ما لو ظهرت فتلفت قبل التخلية مثلا ، إذ لاريب في الاندراج ، كما أن جميع ما تقدم بالنسبة إلى الثمرة الاولى مما يقتضى الخيار أو الانفساخ جار فيها .

وبذلك ظهر لك الفرق بين ظهور عدم الثمرة وبين تلفها قبل القبض، فلا ضمان على البايع في الأول، بخلاف الثاني وتحقيقه أن المبيع في الاول الثمرة الحاصلة منضماً إليها الثمرة المتجددة في السنين- نحو إنضمام المعدوم إلى الموجود في الوقف على معنى مشاركته للموجود إن حصل؛ وإلا فلا بطلان للوقف ، وقلنا إن تجددت ثمرة كانت مبيعاً، وإلا كان المبيع الموجودة، ومرجعه بيع ثمرة هذا النخل سنين كائنة ما كانت، لأن المبيع ثمرة كل سنة على وجه يكون ملاحظة مستقلة، وإنما هو ما عرفت وإن لم يعلم مصداقه، فيحتمل كونه الموجود خاصة. ويحتمل حصول غيره معه؛ نحو ثمرة الشجرة الواحدة، إذا ظهر بعض ثمرها ولم يظهر الباقي، وأريد بيع ثمرها أجمع، وبما كان في قوله ﷺ إن لم تخرج هذه، إلى آخره إيماء إليه، وإن كان مورده التعدد من السنين قبل الظهور ، ولكن يفيد أن المبيع ثمرة كلية لا يعلم مصداقه ولا زمان وجودها، فهو ينفع فيما نحن فيه وشبهه من الصور الصحيحة .

بل لعل ضم البقلة والرطبة في موثق سماعة السابق (٢) من هذا القبيل بناء على ما ذكرناه من إرادة خصوص البقلة والرطبة في البستان، فيكون المبيع أحدهما مع ثمرة البستان المحتمل حصولها، فان خرجت كانت من المبيع، وإلا كان المبيع البقلة أو الرطبة ، وحينئذ تكون من مسألة جواز بيع ثمرة البستان التي ظهر بعضها ولم يظهر الاخر، من غير

---

(١) الوسائل الباب -١- من ابواب بيع الثمار الحديث ٢

(٢) الوسائل الباب -٣- من ابواب بيع الثمار الحديث -١

فرق بين إتحاد النوع واختلافه، وبين الخضرة والغلة وغيرهما كما سمعته .

وبالجملة إذا كان المبيع كليا تتعدد مصاديقه في الخارج، والمفروض مشروعيته في بيع الثمار، يتجه عدم ضمان البايع لو لم يحصل المصداق الآخر، ضرورة وجود مصداق آخر له وهو الموجود، نعم لو فرض كون المبيع ثمرة كل سنة على وجه يكون كل منهما مبيعاً مستقلا، وقلنا بصحته في الثمار، ولو لا طلاق الادلة، يتجه حينئذ ضمانه على وجه يقتضي توزيع الثمن ، ضرورة عدم حصول بعض المبيع المفروض ارادة مقابلته بالثمن .

ولعل من ذلك البيع خرطتين مثلا مع فرض عدم حصول الخرطة الثانية، ولذا صرح بعضهم بتوزيع الثمن فيه، لان الخرطة الاولى لا تكون مصداقا للخرطتين اللتين هما متعلق البيع، بخلاف نحو بيع ثمرة النخل إلى سنتين مثلا؛ فالمتجه حينئذ التفصيل ومع الاطلاق لا يبعد تنزيله على الاول، ولا يقدح زيادة الثمن في مقابله، فانه أعم من ملاحظة كونه مبيعاً مستقلا بل كملاحظة الاوصاف وحمل الدابة المحتمل إذا بيعت على ما هي عليه، بل هنا أقوى، للعادة، وربما يؤيده السيرة المستمرة على عدم رجوع المشتري بما يخص بعض النخل الذي لم يظهر حمله في بعض السنين، أللهم إلا أن يكون وجهه التسامح فتأمل جيداً فان المسألة غير محررة في كلامهم، وإن كان يلوح منهم الاول، والله العالم. ثم إن الضمان هنا حيث يتحقق على البايع أو الاجنبي فهو بالمثل؛ حيث يكون مثليا، كما لو كان تمرا ونحوه ، أما لو كان من قبيل الطلع ونحوه فضمانه بالقيمة؛ فيقوم حينئذ على حاله، باقياً إلى أوان بلوغه محتملا للعوارض، ويدفع له قيمته فتأمل جيداً والله أعلم .

المسألة ﴿الثالثة﴾ لا خلاف ولا إشكال في أنه ﴿ يجوز بيع الثمرة﴾ للنخل وغيره ﴿في أصولها بالاثمان أو العروض﴾ أو بهما معاً، أو بغيرهما من المنافع والاعمال ونحوها؛ كغيرها من أفراد المبيع ؛ للاصل ﴿و﴾ إطلاق الادلة نعم ﴿ لا يجوز بيع ثمرة النخل ﴾ منها بماءة كر مثلا ﴿من ثمر منها﴾ إجماعاً بقسميه، بل المحكي منها مستفيض أو متواتر؛ لعدم جواز إتحاد الثمن والمثمن ، ﴿و﴾ لان هذه المعاملة ﴿هي﴾

المتيقن من تحريم ﴿المزابنة﴾ التي علم بالنص (١) ﴿و﴾ الاجماع حرمتها ، بل ﴿قيل﴾ انها ﴿هي بيع الثمرة في النخل بتمر ولو كان موضوعاً على الارض، وهو الاظهر﴾ فيكون المجموع محرماً كما هو أشهر القولين، بل هو المشهور بين المتقدمين والمتاخرين نقلا وتحصيلا، بل عن ظاهر الغنية كالروضة الاجماع عليه ' لصحيح عبدالرحمان بن أبي عبدالله (٢) عن الصادق عليه السلام « نهى رسول صلى الله عليه وآله عن المحاقلة والمزابنة قلت : وما هو؟ قال : أن يشتري حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة» والظاهر ارادة اللف والنشر المشوش ، لكن في موثقة الاخر عنه (٣) ايضاً «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن المحاقلة و المزابنة فقال : المحاقلة بيع النخل بالتمر ، والمزابنة بيع السنبل بالحنطة » ومال اليه الكاشاني والمحدث البحراني الا أن الاولى حمله على ضرب من المجاز، كالمحكي عن سلار المحاقلة محرمة. وهي أن يبيع التمر في رؤس النخل بالتمر، والزرع بالحنطة كيلا وجزافا' وكأنه اوهمه ما في المقنعة «لايجوز بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر كيلا ولاجزافا، ولايجوز بيع الزرع بالحنطة أيضاً كيلا ولاجزافا ، وهذه هي المحاقلة » .

إلا أن الظاهر ارادة الأخير من الاشارة ، أو يحمل على وهم الراوي ، لمخالفته المنصوص عليه عند الاصحاب وأهل اللغة ' ولما في خبر أبي القاسم ابن السلام (۴) المروي عن معاني الاخبار مسنداً عن النبي صلى الله عليه وآله «أنه نهى عن بيع المحاقلة والمزابنة ، والمحاقلة بيع الزرع وهو في سنبله بالبر، والمزابنة بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر» والامر سهل بعد حرمتها معاً وانما تظهر الثمرة في العهد واليمين ونحوهما .

وعلى كل حال فهما دالان على حرمة البيع بالتمر مطلقا، مؤيدا ذلك بظاهر خبر ابن سلام المتقدم حيث خص الرخصة في بيع الثمرة بالتمر بالعرية، وبخبر السكوني (۵)

(١ و٢) الوسائل الباب -١٣- من ابواب بيع الثمار الحديث -١

(٣)(۴) الوسائل الباب ١٣ من ابوب بيع الثمار الحديث ٢-۵

(۵) الوسائل الباب -١۴- من ابواب بيع الثمار الحديث ١

عن الصادق عليه السلام «رخص رسول الله صلى الله عليه وآله في العرايا أن تشتري بخرصها تمرا، قال : والعرايا جمع عرية وهي النخلة يكون للرجل في دار رجل آخر ، فيجوز أن يبيعها بخرصها تمرا، ولا يجوز ذلك في غيره» بناء على ما قيل : من أن دلالته ظاهرة ان جوز نا بيع ثمرة العرية بتمر من نفسها؛ وإلا فهي صريحة لاختصاص الرخصة حينئذ ببيعها بتمر من غيرها ، ومقتضاه رجوع الاشارة في لفظ ذلك إليه ؛ وهو صريح في المنع كما لا يخفى .

بل قيل أن به يضعف احتمال العهدية في اللام في الخبرين السابقين ، و رجوعها إلى ثمرة نفس النخلة المذكورة سابقا، فان أخبارهم عليهم السلام يكشف بعضها عن بعض، مع بعده في الخبرين الاولين ، إذ لم يتقدم لتمرها ذكر فيهما سابقا، والحمل في أحدهما والنخل في آخر أعم من الثمر فكيف يمكن جعل اللام للعهد؛ ولا اشارة إليهما كل ذلك مضافا إلى اقتضاء إختصاص المزابنة بالاول عدم الخصوصية لها هنا، فان عدم جواز البيع ببعضه معلوم فيها وفي غيرها، بل الظاهر عدم الفرق في ذلك بين جعل الثمن حصة مقدرة بالمقدار المعلوم منها، وبين جعله كليا مشروطاً كونه منها، ضرورة رجوعه إلى الاول بل لو جعل مشروطا تأديته منها، كان كذلك أيضا، وإن كان في اقتضاء القواعد بطلانه نظر، إلا أنه يكفي في عدم جوازه هنا إطلاق معاقد الاجماعات ، ومضافا إلى التعليل بعدم الامن من الربا، وإن كان فيه منع واضح هنا، باعتبار عدم كون الثمرة على النخل مقدرة بالكيل والوزن، وستسمع التصريح في الخبر هنا بعدم الربا فيه ؛ وقد عرفت اشتراطه في ذلك، وأنه لا يجدى صيرورته بعد ذلك مقدرا، كما لا يجدي موزونية جنسه، إذا لم يكن على الاصول .

أللهم إلا أن يستند في ذلك إلى موثق سماعة (١) الامر بشراء الزرع فيه بالورق معللا بأن أصله طعام، مؤيدا بما يظهر منهم في العرية من جريان حكم الربا فيها في الجملة إلا أن الاعتماد على ذلك ونحوه في الخروج عما يقتضى الجواز واضح المنع؛ كوضوح

---

(١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب بيع الثمار الحديث ٣ و ٤

منع تعدية علة النقصان عند الجفاف، ضرورة ظهور دليلها في الربا بين المقدرين بهما، مع أنها غير عامة لساير أفراد المقام التي منها البيع لليابس باليابس، و الرطب بالرطب.

فالاولى الاقتصار في الاستدلال للعدم بما عرفت، خلافا للشيخ في النهاية قال: «لايجوز بيع الثمرة في رؤوس النخل بالتمر كيلا ولا جزافا؛ وهي المزابنة التي نهى النبي ﷺ عنها (١) وكذلك لايجوز بيع الزرع بالحنطة من تلك الارض، لا كيلا ولا جزافا، وهذه المحاقلة، فان باعه بحنطة من غير تلك الارض لم يكن به بأس. وكذلك إن باع التمر بالتمر من غير ذلك النخل لم يكن أيضا به بأس» قيل: والخلاف لكن المحكي عنه في المختلف «لايجوز المحاقلة وهو بيع السنبل التي انعقد فيها الحب، واشتد بحب من جنسه، أو من ذلك السنبل؛ وروى أصحابنا أنه إن باع بحب من جنسه من غير ذلك السنبل فانه يجوز وقال الشافعي: لايجوز بيعها بحب من جنسها على كل حال؛ وإليه ذهب قوم من أصحابنا والمزابنة بيع التمرة على رؤوس النخل بتمر موضوع على الارض ومن أصحابنا من قال: المحرم أن يبيع على رؤوس النخل بتمر منه، فأما بتمر آخر فلا بأس؛ وهو كما ترى ظاهر مع المشهور.

نعم حكى فيه عن المبسوط، أنه قال: «بيع المحاقلة والمزابنة حرام بالاجماع، وإن اختلفوا في تأويله، فعندنا أن المحاقلة بيع السنابل التي انعقد فيها الحب واشتد، بحب من ذلك السنبل، ويجوز بيعه بحب من جنسه على ماروي في بعض الاخبار، والاحوط أن لايجوز بيعه بحب من جنسه على كل حال، لانه لايؤمن أن يؤدي إلى الربا، والمزابنة هي بيع التمر على رؤوس الشجر بتمر منه، فأما بتمر موضوع على الارض فلا بأس به، و الاحوط أن لايجوز ذلك لمثل ماقلناه في السنابل سواء» وظاهره الجواز بناء على عدم وجوب هذا الاحتياط عنده، وهو المنقول عن كامل ابن البراج، وإن وافق المشهور في مهذبه؛ وعن أبي الصلاح في ظاهر المحكي عنه في المختلف، وربما حكي عن قطب

---

(١) الوسائل الباب ١٣ – من ابواب بيع الثمار الحديث ١ – ٢

الدين؛ وهو ظاهر تذكرة الفاضل أو صريحها للاصل والعمومات .

وصحيح الحلبي (١) « قال أبو عبدالله عليه السلام : في رجل قال للاخر بعني ثمر تك في نخلك هذه التي فيها؛ بقفيزين من تمر أو أقل أو اكثر ، يسمى ماشاء فباعه ؟ قال : لابأس به ، وقال : البسر والتمر من نخلة واحدة لابأس به فاما أن يخلط التمر العتيق والبسر فلايصلح ، والزبيب والعنب مثل ذلك » .

وموثق الكناني (٢) «سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول : إن رجلا كان له على رجل خمسة عشر وسقاً من تمر، وكان له نخل فقال له : خذ مافي نخلي بتمرك فأبى أن يقبل فأتى النبي صلى الله عليه وآله فقال : يارسول الله صلى الله عليه وآله ان لفلان علي خمسة عشر وسقامن تمر فكلمه يأخذ مافي نخلي بتمره ، فبعث النبي صلى الله عليه وآله فقال : يافلان خذ مافي نخله بتمرك، فقال : يارسول الله صلى الله عليه وآله لايفي وأبى أن يفعل، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله لصاحب النخل: جذ نخلك فجذه وكاله خمسة عشر وسقا، فأخبرني بعض أصحابنا عن ابن رباط ولا أعلم إلا أني قد سمعته منه ، قال إن أبا عبدالله عليه السلام قال : إن ربيعة الرأي لما بلغه هذا عن النبي صلى الله عليه وآله قال : هذا ربا، قلت أشهد بالله؛ إنه لمن الكاذبين، قال : صدقت ».

وخبر يعقوب ابن شعيب (٣) عن الصادق عليه السلام «سألته عن الرجلين يكون بينهما النخل، فيقول أحدهما لصاحبه إختر إما أن تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيلا مسمى و تعطيني نصف هذا الكيل زاد أو نقص؛ وإما أن آخذه أنا بذلك، وأرده عليك قال : لابأس بذلك» وخبره الاخر (٤) «سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل يكون له على الاخر ماءة كر من تمر، وله نخل فيأتيه فيقول : اعطني نخلك هذا بما عليك فكأنه كرهه» وفيه أن الاصل والعموم مقطوعات بما عرفت، وصحيح الحلبي - بعد رجحان مامر عليه بالشهرة وغيرها - يمكن حمله على العرية، على أن إطلاقه مخالف للمجمع على خلافه من البيع بمقدار منها ،

(١ و٢) الوسائل الباب ٦ من ابواب بيع الثمار الحديث ١ - ٣ باختلاف يسير

(٣) الوسائل الباب ١٠ من ابواب بيع الثمار الحديث - ١ -

(٤) الوسائل الباب ٦ من ابواب بيع الثمار الحديث - ٢

بل قوله فيه البسر والتمر إلى آخره مما لايظهر له وجه معتدبه، بل رواه المحدث الحر في الوسائل (١) في باب جواز بيع المختلفين متفاضلا من الربا «قفيزين من بر» وموثق الكناني (٢) لادلالة فيه على البيع، بل هو إماوفاء، أوأن المراد منه إرضاؤه بذلك؛ ثم تفعل الصورة التى يسلم معها من المزابنة بالصلح، أو بالهبة والابراء، و نحو ذلك يجرى في الخبرين الاخيرين بعده، مضافا إلى عدم الجابر للمحتاج إليه منهما، فلاريب في أن ماتقدم حينئذ أقوى، لكن ظاهرا لادلة إختصاص المنع لو كان الثمن التمر خاصة، فلومزج معه غيره خرج عن إطلاق النص، وان لم نقل أن المانع الربا كما يخرج لومزج مع المبيع ذلك، بل الظاهر خروجه أيضا لوبيع حمل النخل بغير التمر من الطلع ونحوه، لاعتبار التمر في ثمن المزابنة، أمالوباع الطلع و نحوه بالتمر كان مزابنة لان الموجود في الخبرين السابقين الحمل ومافي النخل.

نعم لافرق على الظاهر بين كون التمر ثمناً أومثمناً مع احتماله؛ إقتصارا فيما خالف الاصل على المتيقن؛ بل قديحتمل إعتبار التمرية فيماكان على رؤوس النخل أيضا، جمعابين الخبرين؛ ﴿و﴾ خبر ابن سلام الذي يمكن دعوى التنافي بينها من جهة التفسير ثم إنه ﴿هل يجوز ذلك في غير ثمرة النخل من شجر الفواكه﴾ كما صرح به جماعة، بل هو ظاهر آخرين، لاختصاص المزابنة كماعرفت بالنخل، فيبقى غيره على القواعد ﴿قيل﴾ والقائل المشهور كمافي الروضة وإن كنا لم نتحققه ﴿لا، لانه لايؤمن الربا﴾ وقدعرفت مافيه كماعرفت مافي الاستناد إلى علة النقصان بعد الجفاف، فلا معارض حينئذ لمقتضي الجواز من الاطلاقات وغيرها.

نعم المنع متجه، فيمالو كان بمقدارمنها؛ بناء علي ماعرفت من إقتضاء القواعد العدم فيه، إلا في صورة اشتراط التأدية منها على إشكال فيها أيضا، و من الغريب

(١) الوسائل الباب ١٣ - من ابواب الربا الحديث ٨

(٢) الوسائل الباب ٦ من ابواب بيع الثمار الحديث ٣

مافى الرياض «من أن الاصل يقتضى الجواز مطلقا و لو بالمجانس منها أو من غيرها ، ناسباً له إلى تصريح جماعة ؛ ولم أجده لغير الفاضل في التذكرة ممن يعتد بقوله: نعم ربما يتوهم ذلك من بعض العبارات خصوصا المتضمنة منها لعدم الحاقها بالمزابنة ، الظاهرة في عدم جريان حكمها بالتفسيرين السابقين ، ولاريب فى أنه وهم واضح ضرورة إقتضاء عدم الحاق البقاء على القواعد التي لاريب فى اقتضائها البطلان، إذا كان الثمن منها للاتحاد، وستعرف أن المشهور المنع من ذلك فى العرية ، المستثناة بالخصوص من حكم المزابنة فضلا عما نحن فيه ، والله اعلم .

﴿و كذا لايجوز بيع السنبل بحب منه إجماعاً﴾ بقسميه بل المحكى منه مستفيض أو متواتر ؛ ولاتحاد الثمن والمثمن فيه نحو ما تقدم في المزابنة ﴿ و ﴾ هذه المعاملة ﴿هى﴾ المتيقن من ﴿المحاقلة﴾ المعلوم حرمتها نصاً أو إجماعاً ، إذا كان الحب الذى هو الثمن حنطة لسنبلها كما ستعرف ، وإن كان التحريم هنا للتعليل الاخير عاماً لساير أفراد السنبل ﴿وقيل:﴾ والقائل المشهور نقلا و تحصيلا ﴿بل﴾ عن ظاهر الغنية الاجماع عليه أيضاً ﴿هى بيع السنبل بحب من جنسه كيف كان ، ولو كان موضوعاً على الارض وهو الاظهر﴾.

للنصوص المتقدمة (١) سابقاً المعتضدة هنا لخصوص الموثق (٢)«الا مر بشراء الزرع بالورق المعلل بأن أصله طعام الظاهر فى المنع عن بيعه بالطعام » خلافاً لمن تقدم فى المزابنة فخصها بالاول، وجوز الثانى للعمومات ، وصحيح الحلبى (٣)عن الصادق عليه السلام «فى حديث لابأس ان تشترى زرعاً قد سنبل وبلغ بحنطة » و صحيح اسماعيل بن الفضل الهاشمى (٤) « سألت أباعبدالله عليه السلام عن بيع حصائد الحنطة

---

(١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب بيع الثمار

(٢) (٣) الوسائل الباب ١٢ من ابواب بيع الثمار الحديث ٣-١

(٤) الكافى ج ٥ ص ٢٧٧ باب بيع المراعى فى ذيل حديث ۴ الطبع الحديث

والشعير وساير الحصايد؟ قال حلال فليبعه بماشاء » وحسن الوشا(١) «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى من رجل جربانا معلومة ؛ بمأة كر على أن يعطيه من الارض؟ قال: حرام قلت : جعلت فداك فاني أشترى منه الارض بكيل معلوم و حنطة من غيرها ، قال : لا بأس بذلك » .

وفيه أن العموم مخصوص بماعرفت ، وصحيح الحلبى قاصر عن معارضة الادلة السابقة المعتضدة بالشهرة وغيرها ، مع أن إطلاقه شامل للمجمع على خلافه من البيع بحنطة منه ، فلابأس بحمله على الصلح ونحوه ، بل فى الرياض احتمال اختصاصه بصورة عدم التجانس بينها وبين السنبل ، كما إذا كان ارزاً أريد بيعه بها ، ولا كلام فى الجواز حينئذ ، وصحيح اسماعيل ـ مع أنه ظاهر فى الحصائد وليس الكلام فيها ، بل فيما لم يحصد وشامل لما لانقول به ؛ من البيع بحب منها ـ ليس فيه إلا العموم المخصوص بالادلة السابقة ، بل عن التهذيب أنه رواه إن شاء بدل بماشاء ؛ فلاعموم فيه حينئذ وحسن الوشا إنما هو في بيع نفس الارض بحاصلها وغيره ، أو في إجارتها بذلك ، لا فى بيع السنبل فيها ، وتأويله إليه باضمار أو تجويز لاداعي إليه على أن أقصاه الاحتمال الذي لايتم به الاستدلال ، فظهر حينئذ من ذلك كله أن الاقوى التحريم ؛ بل الظاهر أنه من المحاقلة ، إنما الكلام فى تنقيح المراد بها، وفي الرياض « إن الموجود فى أكثر النصوص والفتاوى السنبل» بل في المبسوط و المسالك الاتفاق عليه، وفى مفتاح الكرامة «إن في أكثر العبارات السنبل ».

قلت الموجود فى المسالك « انه اختلف عبارات النصوص و الفقهاء فى اسم المبيع فيها ، فبعضهم عبر عنه بالزرع ، ومنه الرواية السابقة ، ومنهم من عبر بالسنبل كعبارة المصنف ، ويظهر من كلامهم الاتفاق على أن المراد به السنبل ؛ وإن عبروا بالاعم» وقد سمعت عبارة المبسوط، بل قد سمعت غيرها أيضاً وفي الغنية و الوسيلة و النافع وغيرها السنبل ، كما أن فى القواعد وغيرها الزرع إلا أن الذى يقتضيه النظر

(١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب بيع الثمار الحديث ٢

في الجمع بين النصوص السابقة إرادة السنبل من الزرع ، حملا للمطلق على المقيد الوارد في التفسير الذي بذلك ينافيه ، مؤيداً بأصالة الجواز في غيره .

قال في التذكرة « لو باع الزرع قبل ظهور الحب بالحب فلا بأس؛ لانه حشيش وهو غير مطعوم ولا مكيل ، سواء تساويا جنساً أو اختلفا ؛ مع أنه لامخالف صريح ، إذ يحتمل إرادة من عبر بالزرع السنبل أيضاً ، فاحتماله حينئذ الموثق السابق الامر بشرائه بالورق في غير محله ، بل لابد من حمل الموثق على إرادة السنبل أو غير ذلك، هذا،ولكن أطلق أكثرها السنبل والزرع في المبيع ، كما أنه قيد فيه الثمن بالحنطة و فهم فى التذكرة ارادة سنبل الحنطة بالحنطة ؛ فقال في أكثر تفاسير المحاقلة أنها بيع الحنطة في السنبل بحنطة ثم احتمل فيها دخول الشعير في جنس الحنطة بل احتمل فيها صدق المحاقلة على كل زرع بيع بحب من جنسه كالدخن ونحوه ، لما فى بعض ألفاظ علمائنا من تفسيرها ببيع الزرع بالحب من جنسه » قلت قد عرفت سابقا من فسرها بذلك ، بل هو فسرها في القواعد ببيع الزرع بالحب ، وفي اللمعة بيع السنبل بحب منه أو من غيره من جنسه ؛ لكن في الدروس هي بيع السنبل من الحنطة و الشعير بالحب من جنسه وإن لم يكن منه .

والذي يظهر لي من تتبع النصوص في المقام وغيره أن إطلاق الزرع و السنبل فيها منصرف إلى الشعير والحنطة ؛ ولعله لانه المتعارف في ذلك الزمان و المكان . فالخبران المشتملان علي تفسيرها ببيع الزرع أو السنبل بالحنطة لاريب في شمول لفظ الزرع والسنبل فيهما لهما، فيستفاد منهما حينئذ أن بيع سنبل الشعير بالحنطة محاقلة، وماذاك إلا لاتحاد الجنس هنا كما في الربا ، بل يستفاد منه حينئذ أيضاً بيع سنبل الحنطة بالشعير بل والشعير بالشعير فتتم دلالة الخبرين علي الصور الاربعة ، كما أنه بناء على عدم الفرق هنا بين جعل الحنطة ثمناً أو مثمناً نحو ما قلناه في المزابنة فتكون صور المنع ثمانية فتأمل جيداً ، فإنه دقيق نافع وقد تلخص من ذلك أن الاحتمالات فى المحاقلة

ثلاثة أحدها بيع الزرع بحب من جنسه، الثاني بيع السنبل بحب من جنسه، الثالث بيع سنبل الحنطة والشعير بحب منهما ، و الاول لا دليل له الا الموثق المنزل على ما عرفت ولو بملاحظة الخبرين الاخيرين المنافيين له من حيث التفسير ؛ بناء على أن الحرمة فيه من جهة المحاقلة لاتعبداً ؛ للاجماع على كون المنع هنالك ؛ و التعليل فيه إن أمكن إرادة الاشارة به إليها فذاك ؛ و إلافلاوجه له ظاهراً ضرورة إنتفاء الربا هنا بعد انتفاء شرطية الكيل والوزن ، وأما الثاني فلادليل له إلا الموثق أيضاً المنزل على الخبرين لما عرفت ، فتعين حينئذ المختار. وفي التحرير « بيع المحاقلة حرام وهي بيع الزرع بحنطة أو شعير » وهو عين ماقلناه ، بل لعله يرجع إليه غيره وعن ابن المتوج التصريح به أما غير الحنطة والشعير فلامحاقلة فيه حينئذ كمالاتحريم سواء بيع بالجنس أو بغيره وبالرطب وغيره ؛ لماعرفت من عدم جريان الربا فيه، ولا تعليل النقصان بعد الجفاف كمامضي البحث فيه سابقاً .

المسألة ﴿الرابعة﴾ لاخلاف بيننا بل وبين سائر المسلمين عدا أبي حنيفة في انه ﴿يجوز بيع العرايا بخرصها تمرا ﴾ بل الاجماع بقسميه عليه ، بل المحكي منه في أعلي مراتب الاستفاضة إن لم يكن متواترا ، بل في المسالك « انه أجمع أهل العلم عدا أبي حنيفة على أنه مستثني من تحريم المزابنة » وهو شاهد علي أن المزابنة ماذكرنا لما ستعرف من عدم جواز بيع العرية بخرصها تمراً منها، لانه إن لم تكن المزابنة ذلك لم يكن للاستثناء وجه معتبر ضرورة اتحاد الجميع في المنع اذا كان منها، والجواز اذا لم يكن .

فمن الغريب مافي الحدائق من انه لاوجه لهذا الاستثناء إلا إشتهار المنع ، وإلا فالحكم في الجميع متحد ، وفيه مضافاً إلي ماسمعت ظهور نصوص العرية في الاستثناء .ففي خبر السكوني (١) عن الصادق عليه السلام « رخص رسول الله صلى الله عليه وآله في العرايا أن تشتري بخرصها تمراً ، قال : والعرايا جمع عرية وهي النخلة تكون للرجل في دار آخر فيجوز له بيعها بخرصها تمراً ولا يجوز ذلك في غيره» وفي خبر أبي القاسم بن سلام (٢) المروي عن كتاب معاني الاخبار باسناد متصل إلي النبي صلى الله عليه وآله « أنه رخص عليه السلام في العرايا و احدتها عرية وهي النخلة التي يعريها صاحبها رجلا محتاجاً ، والاعراء أن يبتاع

(١ و ٢) الوسائل الباب ١٤ من ابواب بيع الثمار الحديث ١-٢

تلك النخلة من المعرا بتمر لموضع حاجته، قال وكان النبي ﷺ إذا بعث الخراص قال: خففوا الخرص فإن في المال العرية والوصية».

وفي مفتاح الكرامة إن الذي وجدته في الكتاب المزبور ذلك إلى قوله والإعراء أن يجعل له ثمرة عامها، يقول رخص لرب النخل أن يبتاع تلك النخلة من المعرا بتمر لموضع حاجته وعلى كل حال فهما الان على ما ذكرنا؛ ومن أولهما سواء قلنا أن التفسير من النبي ﷺ أو الراوي يظهر ما ذكره المصنف ﴿و﴾ غيره من أن ﴿ العرية هي النخلة تكون في دار الإنسان﴾ بل لا أجد فيه خلافاً بينهم إلا من المحكى عن المبسوط ومهذب ابن البراج من أنها النخلة لرجل في بستان غيره، يشق عليه الدخول إليها، مع أن المحكى عن خلاف أولهما أنها النخلة تكون في بستان الإنسان أو غيره، وكامل ثانيهما نخلة تكون في دار الانسان لغيره فلا ينبغي التأمل في صدق العرية عليها سيما بعد كونها معقد إجماع جماعة.

بل صرح الفاضل والشهيد ﴿و﴾ غيرهما بأنه ﴿قال أهل اللغة: أو بستانه وهو حسن﴾ خصوصاً بعد ما سمعت من خبر ابن سلام، الظاهر في ذلك، فالجمع بين الخبرين يقتضي الجمع بينهما، كما هو المحكى عن أهل اللغة وفي الغنية «و رخص ﷺ في بيع العرايا، وهو جمع عرية وهي النخلة تكون لإنسان في بستان غيره أو في داره يشق عليه دخوله إليها، فيبتاعها منه بخرصها تمراً، بدليل الإجماع من الطائفة على هذا التفسير، وقد فسر أبو عبيدة العرية بما قلناه، بل عن المهذب البارع تعدية الحكم إلى المعصرة والخان والبزارة والدباسة، وتبعه في الرياض، قال: «وظاهر إطلاق خبر ابن سلام مضافاً إلى التعليل فيه ينادى بالعموم للبستان وغيره أيضاً كالخان ونحوه؛ و السند وإن قصر إلا أنه بالشهرة منجبر».

وفيه أنه لا شهرة على التعميم؛ بل هي على العكس متحققة، والظاهر أن المذكور

منه ليس علة حقيقة ؛ وإلا لدار الحكم معها حيث دارت ، فلا يجوز مع عدم الحاجة ،و يجوز معها وإن كانت في داره، ومن المعلوم خلافه ، والظاهر إرادة حاجة المعرا بالفتح باعتبار حاجته إلي التمر لا المعري بالكسر ؛ فإنه لاحاجة تدعوه إلي شرائها بالتمر ضرورة اندفاع الهجوم علي داره وبستانه بشراء ثمرتها ولو بغير التمر ، أللهم إلا أن يكون المراد أنه لمكان حاجته في عدم الهجوم على داره شرع له شراؤها بتمر إذ قد يمتنع صاحبها من بيعها إلا بذلك ، وفي جملة من العبارات مايظهر منه أن المشقة علي البايع الدخول الي ملك غيره .

وعلي كل حال فليست هي علة يدور الحكم مدارها ؛ ومنه يظهر النظر فيما ذكره أيضاً من الاستناد إلي التعليل المزبور في التعدية إلي مستعير الدار و مستأجرها ، المصرح به في كلام الفاضل والشهيدين وغيرهما؛ قال:« وليس في الرواية الاولى كبعض العبارات من حيث التقييد فيها بصاحب الدار ، منافاة لذلك ، لصدق الاضافه بأدنى ملابسة » لما عرفت من أن ذلك حكمة لا علة والاضافة بأدنى ملابسة من المجاز الذي لا يحمل عليه اطلاق اللفظ .

وفي التذكرة « ظاهر كلام الأصحاب يقتضي المنع من بيع العرية علي غير مالك الدار والبستان أو مستأجرهما أو مشتري ثمرة البستان على إشكال » ونحوه في القواعد ، وعن الايضاح أن وجهي الاشكال التضرر بتطرق الغير في ملكه ،والعموم ، وفي جامع المقاصد « ان ظاهر الشارحين كون الاشكال في مشتري الثمرة،و التحقيق أن القول في شرح العرية غير منضبط ، لان كلام أهل اللغة فيه مختلف ، فينبغي أن يقال: ما ثبت القول بجوازه عند الأصحاب يجوز فيه، إعتضاداً بعمومات صحة البيع،ونظراً إلى مشاركة العلة ،ولصدق إضافة الدار والبستان إلى المالك والمستأجر ومشتري الثمرة وفي الدروس ذهب إلى الحاق المستعير بالمالك ؛ وللنظر في هذ البحث مجال .فان الاضافة فيما ذكر إنما هو على وجه المجاز ، الا أن يقال المشقة معتبرة في مفهوم العرية

حيث قال الشيخ «العرايا جمع عرية و هي النخلة لرجل في بستان غيره يشق عليه الدخول إليها فيكون المناط فيها المشقة على الغير في الدخول الى بستانه اما لمكان أهله أو لغير ذلك ، فحينئذ يجوز البيع لدفع هذه المشقة فعلى هذا حيث تثبت هذه المشقة في النخلة الواحدة على الغير تثبت الرخصة .

قلت : لم يعد هذا التحقيق إلى حاصل يعول عليه كما أن ما ذكره أخيراً مقطوع بعدمها في كلمات الاصحاب إذ لم يذكر أحد منهم المشقة في مفهوم العرية ولا في شرائط صحة البيع لكن قال بعض مشايخنا : ظاهر المبسوط والخلاف والغنية والتذكرة والمختلف والمهذب البارع و التنقيح أن المشقة معتبرة في مفهومها ، وأنها مناط الحكم إلى أن قال: وبذلك صرح في التحرير والمسالك وغيرهما، وظاهر الغنية بل صريحها الاجماع عليه؛ نعم أنكره في كشف الرموز فقال : وشرط الشيخ أن يشق على البايع الدخول ، وشرط التقابض وتابعه المتأخر وصاحب الوسيلة و ليس في الرواية ذلك .

قلت: الذي يظهر بعد إمعان النظر في كلمات الاصحاب حتى من حكي عنهم ظاهراً وصريحاً أن مرادهم من ذلك بيان وجه المشروعية ، وربما يذكرونه بصورة الدليل تأييداً للتعدي المدعى، ولو باعتبار حصول الظن منه بذلك كما في المختلف في ترجيح تعميم العرية للدار والبستان بنص أهل اللغة، وباشتراك الموضعين في الحاجة الداعية إلى المشروعية ونحوه غيره، ولذلك اختلفت كلماتهم في وجهها فربما قررت بالمشقة على صاحب الدار والبستان وربما قررت بالمشقة على مالك النخلة ، وربما قررت بغير هما ، والحاصل لا يخفى على من تأمل عدم ارادة العلية المصطلحة من ذلك، وإلا لاختل كثير من الاحكام المسلمة عندهم فالمرجع حينئذ فيها على المستفاد من اللغة والدليل، ولو بمعونة شهرة الاصحاب ونحوها، وما شك فيه يبقى على عموم التحريم والله اعلم .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿ هل يجوز بيعها بخرصها﴾ تمراً ﴿ من تمرها الاظهر﴾

بل الاشهر كما عن إيضاح النافع و الاكثر كما في الرياض ﴿ لا ﴾ بل هو المشهور المحكي عن ظاهر المبسوط وغيره وصريح الوسيلة والكتاب وما تأخر عنهما؛ بل لم أجد مصرحاً به ممن يعتد بقوله، نعم احتمله في المختلف لاطلاق الرخصة المنصرف إلى غير ذلك الذي من الواضح اقتضاء قاعدة تغاير الثمن والمثمن هنا في الملك خلافه، بل في التنقيح أن الدليل عقلي على مغايرة الثمن للمثمن و به يقيد إطلاق الرخصة ، وقوله في صحيح الحلبي (١) . السابق البسر والتمر من نخلة واحدة لابأس به، «الى أن قال« : وكذا العنب والزبيب» قد عرفت عدم القائل به في غير العرية و لذا نسبه في الدروس إلى الندرة، اللهم إلا أن يكون القول به هنا لازماً لتفسير المزابنة ببيع ثمرة النخل بتمر منه ، باعتبار معلومية استثناء العرية من ذلك، فيقتضي جوازه فيها، لكن لم ينقله أحد عنهم ، و ليس في عبارة النهاية التي هي أصل الخلاف في ذلك إشارة اليه .

لكن في الدروس والرياض وغيرهما قيل بالجواز؛ وزاد في الثاني أنه فصل بعض بين صورتي اشتراط كون التمر منها، فالاول والا فالثاني ان صبر عليه حتى يصير تمراً والا فالعقد يجب ان يكون حالا للزوم بيع الكالي بالكالي بدونه جداً وفيه ـ مع ما سمعت من عدم معروفية القائل بذلك صريحاً ـ أن التفصيل خارج عما نحن فيه، اذ الظاهر ارادته ما عن المهذب قال في المحكي عنه: «أنه إذا شرطه أي كون الثمن منها في العقد لم يجز، وإن أطلق جاز أن يدفع اليه من ثمرتها إن صبر عليه حتى يصير تمراً وإلا فالعقد يجب أن يكون حالا » و أقصاه جواز الدفع منها إن لم يشترط ، وهو مما لاخلاف فيه على الظاهر، ومراده بوجوب حلول العقد ماتسمعه من اشتراط التعجيل في ثمن العرية وأنه لايجوز أن يكون مؤجلا فتعليله بلزوم بيع الكالي بالكالي بدونه مما لاوجه له هنا .

فمن الغريب وقوعها منه زيادة في كلام المهذب وكأنه نظر الى أنه لو اجل ثمن العرية والفرض أنها حال البيع غير تمر كان من بيع الكالي بالكالي ، وهو كما ترى، وإلا لاقتضى البطلان في بيع ثمرة النخل قبل صيرورته تمراً بثمن مؤجل

(١) الوسائل الباب ٦ـ من ابواب بيع الثمار الحديث ـ ١

ولو كان دراهم، وهو واضح الفساد.

﴿و﴾على كل حال ﴿لايجوز بيع مازاد على الواحدة نعم لو كان له في كل دار واحدة جاز﴾ كما في القواعد قال: «ولايجوز مازاد على الواحدة اتحاد مع المكان، ويجوز مع تعدده، بل قال بعض شراحها: أني لم أجد مخالفاً منا في هذين الحكمين، وبه صرح في المبسوط والسرائر التذكرة وشرح الارشاد للفخر والمهذب البارع والتنقيح وجامع المقاصد وتعليق الارشاد و المسالك، و هو قضية كلام الباقين حيث حيث يقيدون النخلة بكونها واحدة ويطلقون البستان والدار» وهو مقتضى الاصل والمتبادر من النص.

وفي المسالك «انه يشترط في بيعها أمور منها الوحدة، فلايجوز في دار أو بستان أزيد من واحدة فلو كان لمالك اثنتان لم يجز بيع ثمرتها ولا ثمرة إحديهما لانتفاء العرية فيهما، نعم لو تعدد البستان والدار جاز تعددها من الواحد، وجعل مافي المتن اشارة إلى ذلك» نحو مافي جامع المقاصد، بل في التنقيح لم ينسب الخلاف في ذلك إلا للشافعي وظاهره عدم الخلاف فيه منا.

وفي التحرير «ولايجوز أن يبيع جميع تمر حائطه عرايا من رجل واحد، و من رجال في عقود متكررة، نعم لو كان له عدة نخلات في عدة مواضع جاز بيعها عرايا من رجل واحد أو رجال في عقود متكررة» إلى غير ذلك من عباراتهم، و تنقيح المقام يتوقف على أمرين، الاول أن الوحدة في الدار أو البستان مثلا مأخوذة في مفهوم العرية فمتى تعددت فيه لاعرية في شيء منها ظاهر المسالك أو صريحها ذلك بل ربما كان ظاهر كل من أخذ الوحدة في تفسيرها، بناء على عدم إرادة وحدة الاخرا التي لم يتعارف التصريح بها في تفسيره، فمع انتفائها حينئذ ينتفي مفهوم العرية.

لكن فيه أولا أنه ينبغي تقييده مع ذلك باتحاد المالك، أما مع تعدده فالظاهر صدق العرية على كل منهما كما أنه ينبغي تقييده أيضاً بحصول الثمرة فيهما، أما لو فرض

(١) الوسائل الباب ٦ ـ من ابواب بيع الثمار الحديث ـ ١

حصولها في احديهما دون الاخرى، فالظاهر صدق العرية فيها دونها، ولو فرض كون النخلتين مثلا مشتركتين بين اثنين أمكن صدق العرية عليهما باعتبار أن لكل واحد منهما نخلة؛ إلى غير ذلك مما يتصور تفريعه على هذا التقدير، وثانياً أن النص وجملة من عبارات الاصحاب خلت عن ذكر الوحدة في تفسير العرية، بل اقتصرت على أنها واحدة عراياً وأنها هي النخلة في دار الغير مثلا، و مقتضاه صدق العرايا على المتعددة وان اتحد المكان كما هو مقتضى الجمع، لأن مصداقه النخلات في الامكنة المتعددة أو مع تعدد المالك.

ومن الغريب مافي الدروس من أن العرية نخلة واحدة في دار الغير في رواية السكوني (١) وقال الجمهور واللغويون أو بستانه، إذ قد عرفت خلو خبر السكوني عن قيد الوحدة، ويمكن أن يريد بما في خبر السكوني الدار بقرينة مانقله عن الجمهور، أو لا يريد الوحدة الداخلة في المفهوم بل هي وحدة الافراد، بل يمكن أن يريد غيره ممن ذكر الوحدة ذلك أيضاً، وبالجملة دعوى اعتبار الوحدة المزبورة على حسب ماسمعت في غاية الصعوبة إثباتها من اللغة و كلمات الفقهاء التي منها ما سمعت و منهاما في السرائر « ويجوز بيع العرايا و هي جمع عرية بفتح العين و كسر - الراء وتشديد الياء، وهو أن يكون لرجل في بستان غيره نخلة يشق عليه الدخول إليها أو في داره، إلى أن قال: وإن كان له نخل متفرق في كل بستان نخلة جاز أن يبيع كل ذلك واحدة واحدة بخرصها تمراً بيع العرايا، إلى أن قال: وقد قيل في تفسير العرايا أقوال كثيرة، فقال قوم: «العرايا النخلات يستثنيها الرجل من حائطه إذا باع ثمرته ولا يدخلها في البيع، ولكنه يبقيها لنفسه، فتلك الثنيا لا تخرص عليه، لانه قد عفي لهم عما يأكلون، وسميت عرايا؛ لانها أعريت من أن تباع أو تخرص في الصدقة، فرخص النبي صلى الله عليه وآله

(١) الوسائل الباب ١٤ - من ابواب بيع الثمار الحديث - ١

لأهل الحاجة والمسكنة الذين لاورق لهم ولاذهب وهم يقدرون علي التمر أن يبتاعوا بتمرهم من أثمار هذه العرايا بخرصها ؛ فعل ذلك بهم رفقاً بأهل الحاجة الذين لايقدرون على الرطبة ؛ ولم يرخص لهم أن يبتاعوا منه مايكون للتجارة والذخائر ».

وقال آخرون : « هي النخلة يهب الرجل تمرتها للمحتاج ويعريها إياه ؛ فيأتي المعرا وهو الموهوب له إلى نخلته تلك ليجتنيها فيشق ذلك علي المعري الذي هو الواهب لمكان أهله في النخل ، فرخص للواهب خاصة أن يشترى ثمرة تلك النخلة من الموهوب له بخرصها ».

وقال آخرون : « شكى رجل الى رسول الله ﷺ انهم محتاجون إلى الرطب يأتي ولايكون بأيديهم مايبتاعون به ، فيأكلونه مع الناس وعندهم التمر ، فرخص ﷺ لهم أن يبتاعوا لهم العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم »

وقال آخرون : « الاعراء أن يهب له ثمرة نخلة أو نخلتين أو نخلات ، ومنه الحديث أنه رخص ﷺ في بيع العرايا بخرصها تمراً ، وذلك ان يمنح الرجل النخلة فيبيع تمرها بالتمر ، وهذا لايجوز في غير العرايا وإنما سميت عرية لان من جعلت له يعريها من حملها ، وأنشد الفراء :

ليست بسنهاء ولارجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح

معنى سنهاء أي مرت عليها السنون المجدبة ، وقوله رجبية نخلة مرجبة وهى التي يبنى حولها البناء لئلا تسقط وهو كالتكريم لها ».

وقال الهروى صاحب الغريبين : العرايا : هي أن من لانخل له من ذوى اللحمة والحاجة ؛ ويفضل له من قوته التمر ويدرك الرطب ولانقد بيده يشترى الرطب لعياله ولايحتل له ، فيجيء إلي صاحب النخل فيقول : بعني ثمرة نخلة أو نخلتين بخرصها من التمر ، فيعطيه ذلك الفضل من التمر بتمر تلك النخلات ليصيب من أرطابها مع الناس ، فرخص النبي ﷺ من جملة ماحرم من المزابنة » ثم قال هذا ماوقفت عليه في التفسير العرايا ، وأشده تحقيقاً قول الهروى » .

قلت قد حكى جملة مما ذكر ابن فارس في المجمل فقال: النخلة العرية وهي التي إذا عرض النخل على بيع ثمرة عريت منه نخلة: أي عزلت عن المساومة، والجمع العرايا، وقال قوم: العرية النخلة يعريها صاحبها رجلا محتاجاً، فيجعل له ثمرة عامها رخص لرب النخل أن يبتاع تمر تلك النخلة من المعرا بتمر لموضع حاجته، هذا تفسير الذي جاء في الحديث من الرخصة فيه، وقال آخرون: العرية النخلة تكون لرجل وسط نخل كثير لرجل آخر فيتأذى صاحب النخل الكثير بدخول صاحب النخلة الواحدة فرخص له أن يشتري ثمرة نخلته بتمر. وابو عبيدة يختار الاول لقول الشاعر 'وأنشد البيت السابق» واقتصر ابن الاثير في نهايته بعد أن ذكر أنه اختلف في تفسير العرية على ماذكره الهروي الذي ظهر من ابن ادريس اختياره؛ وهو الذي حكاه عنه في الدروس. فانه بعد أن ذكر جواز بيع العرية، وأنها النخلة في دار الغير أو بستانه: قال: «ولو أعرى محتاجا نخلة: أي جعل لها تمرها عامها، ثم اشترى المعرا تمرها منه بتمر جاز على الاقرب، ولو فضل مع الفقير تمر فاشترى به تمرة نخلة ليأكله رطبا فالاقرب جوازه، ولو اشترى أزيد من نخلة، فالاجود المنع، ويظهر من ابن ادريس جوازه» ولعله إليه أشار في التحرير بقوله أيضا لا يشترط في بيع العرية أن تكون موهوبة لبايعها؛ وتمنع اشتقاقها من الاعراء؛ وهو أن يجعل الرجل لغيره ثمرة نخلته عامها ذلك، بل سميت عرية لتعريها من غيرها، وإفرادها بالبيع، وتبعه الشهيد في حواشيه في أن وجه التسمية ذلك؛ لكن قد سمعت خبر ابن - سلام (١) الذي أفتى الشهيد في الدروس به، بل قد سمعت ماذكره أخيراً الذي لم نعثر على نص من طرقنا به.

نعم روى العامة ذلك بعدة طرق، منها(٢)« أن محمود بن لبيد قال: قلت لزيد بن ثابت ماعراياكم هذه فسمى رجالا محتاجين من الانصار: شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه مع الناس؛ وعندهم فضول من

(١) الوسائل الباب -١٤- من ابواب بيع الثمار الحديث ٢

(٢) المغني للشربيني ج٢ ص ٩٤

قوتهم من التمر فرخص أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر في أيديهم يأكلونه رطباً » لكن القول به لايخلو من قوة ؛ جمعاً بين ماقيل في تفسير العرية .

وعلى كل حال فدعوى اعتبار الوحدة في المكان في مفهوم العرية ممايظهر إنطباق كثير من الكلمات عليه؛ كدعوى اشتراط صحة البيع به وإن لم يكن ذلك في مفهومها ، وهو الامر الثاني اقتصاراً في الرخصة على المتيقن ، ولان قوله عليه السلام في خبر السكوني «فيجوز بيعها»(١) إلى آخره ظاهر في أن المرخص بهذلك ، إذ يدفعها إطلاق رخصته عليه السلام في العرايا ؛ وذيل خبر السكوني لو سلم ظهوره في ذلك انما يفيد جواز بيع الواحدة من العرايا لو تعددت ؛ لأن التعدد مانع من اصل البيع ، وربما كان المراد من عبارة المتن والقواعد السابقة ذلك، إن لم نقل أنه الظاهر منها .

وأظهر منها مافي التذكرة « لايجوز بيع اكثر من النخلة الواحدة عرية؛ لعموم المنع من المزابنة خرج عنه العرية في النخلة الواحدة ، وبه قال أحمد للحاجة ، فيبقى الباقي على المنع ، سواء اتحد العقد أو تعدد ،أما لو تعدد المشتري فالوجه الجواز ، ثم قال: فروع لو باع في صفقة واحدة من رجلين ، كل واحد منهما نخلة معينة جاز؛ وكذا لو باعها نخلتين مشاعا بينهما ، ولو باع رجلان من واحد صفقة واحدة نخلتين عرية جاز و هو أحد وجهي الشافعية ، لان تعدد الصفقتين بتعدد البايع أظهر من تعددها بتعدد المشتري ، ولو باع رجلان من رجلين صفقة واحدة ، احتمل جواز أربع نخلات ، و تنزيل ذلك كله منه على المتحدة ، ولو في المكان المتعدد » ـ كماترى خصوصاً أول المسألة بل مقتضاه حينئذ عدم جواز بيع العرايا في الاماكنة المتعددة بعقد واحد ، و هو مع أنه لم يعرف خلافه فيه لم تساعد عليه الادلة .

ودعوى ظهور ذيل خبر السكوني فيه ممنوعة ، فالظاهر إرادته ماذكرناه أولا ولا ينافيه قوله سابقا : العرايا جمع عرية ، والعرية النخلة في دار الانسان أو بستانه، فيبتاع ثمرتها رطباً بخرصها تمر أكيلا، فلايجوز العرايا في أكثر من نخلة واحدة في عقد واحد

(١) الوسائل الباب-١٢-من ابواب بيع الثمار الحديث-١

إلى أن قال : فاذا تقرر هذا فان العرية عندنا إنما تكون في النخلة الواحدة تكون في دار الانسان فلا يجوز فيما زاد على النخلة الواحدة؛ عملا بالعموم واقتصارا في الرخصة على موردها، ثم قال: قد بينا أن الضابط في التسويغ انما هو النخلة الواحدة في الدار الواحدة والبستان الواحد ، ولو كان له عدة دور في كل واحدة نخلة جاز بيعها عرايا ، اذ يمكن حمل الجميع على إرادة بيع نخلة واحدة و إن كان لا يخلو من بعد

نعم يتجه البحث معهم على هذا التقدير بأنه لا دليل على اعتبار الوحدة في البيع بل ما ذكروه في وجه المشروعية من المشقة و نحوها يقتضي التعميم ، كاقتضاء إطلاق رخصته ﷺ في بيع العرايا الذي عبر بمضمونه غير واحد ، منهم ابن ابن زهرة و حمزة و غيرهما ؛ والذيل المنساق لبيان حكم الواحدة ليعرف حكم الجمع لا دلالة فيه على تقييد ذلك كما هو واضح هذا كله ، إلا أن الوقوف على ما سمعته أولا هو الموافق للاحتياط والله اعلم بحقيقة الحال .

﴿ولا يشترط في بيعها﴾ أي العرايا ﴿ بالتمر التقابض قبل التفرق ﴾ خلافاً للوسيلة ومحكي المبسوط ، بل في الدروس «أنه طرد الحكم ثانيهما بوجوب التقابض في المجلس في الربويات تخلصاً من الربا ، وفيه منع واضح ولذا أطبق المتأخرون على خلافه في المقام وغيره ، عدا الصرف منه فأوجبوه فيه مع اختلاف الجنس ، لظهور أدلة فيه، لا للتخلص من الربا ، ضرورة صدق بيع المثل بالمثل في الربوى و إن لم يتقابضا في المجلس ،و ما في بعض النصوص من إيجاب البيع يداً بيد على اتفاق الجنس ، يراد منه منع النسيئة في أحد المتجانسين ، للزوم الربا حينئذ معه.

ومن هنا قال المصنف بعد نفى اعتبار التقابض هنا ﴿بل يشترط التعجيل﴾ فيهما ﴿حتي لا يجوز إسلاف أحدهما في الآخر﴾ بل لم يعرف فيه خلاف بينهم إلا أنه قد يناقش في اعتبار حلول الثمن بما سمعته سابقا من أن الثمرة علي النخل لا يجرى فيها الربا لانتفاء الموزونية فيها؛ كما أنه لا ظهور في دليل الرخصة بذلك أيضاً . أللهم إلا أن يكون وجهه الاقتصار على المتيقن ، سيما بعد ما سمعت من عدم الخلاف فيه بين الأصحاب ؛ فيشكل التمسك بالا طلاق المزبور المحتاج الى جابر في العمل به ، لضعف سنده خصوصاً

بعد معارضة مادل على حرمة المزابنة لكن ومع ذلك فالانصاف أن إتفاقهم هنا على اشتراط الحلول يؤيد القول بجريان حكم الربا على الثمرة وإن كانت على الاشجار ، اكتفاء بالوزن التقديري عن الفعلي ، كقولهم هنا أيضاً بعدم جواز التفاضل حال العقد بين ثمنها وبين الثمرة المخروصة تمرا ، بل حكي الاتفاق عليه بعضهم ﴿و﴾ إن كان ﴿لا يجب أن يتماثل في الخرص بين ثمرتها عند الجفاف وثمنها عملا بظاهر الخبر ﴾ المعتضد بالفتوى ، إذ مبنى الخرص على الزيادة والنقيصة ، فلا يقدح حينئذ لو ظهر بعد ذلك زيادة الثمن أو نقيصته .

لكن يمكن أن يكون مستند الاول ظهور قوله ﷺ «بخرصها تمرا» في وجوب المطابقة بين الثمن المبذول وبين الثمرة المخروصة ، معتضدا بالاقتصار على المتيقن مما خرج عن حرمة المزابنة ، و هو المراد بالمماثلة من طريق الخرص المشترطة في الوسيلة ومحكي المبسوط وغيره ، لأن مستنده حرمة الربا ، فيكون الحاصل حينئذ إنه يجب خرص الثمرة على النخلة بتقدير حال كونها تمرا فتباع بتمر على حسب ذلك الخرص ، فلو لم يطابق الخرص الواقع بأن كانت حال التمرية المقدرة أزيد أو انقص لم يكن ذلك قادحاً ، لاطلاق الخبر السابق المعتضد بعدم الخلاف فيما أجد إلا ما حكاه في المسالك عن بعضهم وإن كنت لم اتحققه ، من اعتبار المطابقة فلو اختلفا تبين بطلان البيع .

وهو مع ظهور ضعفه مقتض لعدم جواز التصرف فيها قبل صيرورتها تمراً حتى يتمكن من اعتبارها ، مع أن الاصل وإطلاق الدليل وظاهر الفتاوى ، يقتضي عدم وجوب إبقائها إلى حال التمر ؛ وعدم اعتبارها لو أبقاها ، مضافاً إلى ماعرفت من عدم تحقق القائل بذلك ؛ وربما توهم ذلك من عبارة المبسوط والوسيلة التي قد سمعت المراد منها فيتجه حينئذ دعوى الاتفاق على ماذكرنا إلا ما عساه يظهر من التذكرة ، من وجوب اعتبار التماثل بين التمر المدفوع ثمناً وبين الثمرة حال كونها رطبا ـ الجواهر ٧

قال : « إذا تبايعا العرية وجب أن ينظر إلي الثمرة على النخلة ويحرز ذلك رطبا فيتبايعاه بمثله تمراً ولا يشترط التماثل في الخرص بين ثمرتها عند الجفاف وثمنها، ولا يجوز التفاضل عند العقد ، ولا يكفي مشاهدة الثمن على الارض ولا الحرز فيه بل لابد من معرفة مقداره بالكيل أو الوزن (الي أن قال) وإن كنا قد منعنا من بيع الرطب بالتمر إلا أن هذا مستثنى للرخصة » وفيه أولا أن ظاهر دليل الرخصة المعتضد بفتوى الاصحاب ماذكرنا من اعتبار خرصها تمراً ثم شراؤها بمقدار ذلك المخروص ، بل لايمكن عند التأمل تنزيل الخبر على ماذكره ؛ وثانيا ماعرفت سابقا من أن منع بيع الرطب بالتمر لعلة النقصان بعد الجفاف إنما هو في المقدر بأحد الامرين لا في مثل الثمرة على أصلها .

نعم ماذكره من وجوب علم مقدار الثمن وعدم الاكتفاء بمشاهدته متجه ، بل لا أجد فيه خلافاً في المقام ، لظهور قوله عليه السلام «بخرصها تمرا» فيه ، بل مقتضاه أنه لا يجزي جعل الثمن تمراً على رأس نخلة اخرى ، وإن كان قد خرص بما يساوي المثمن، لعدم صدق البيع بخرصها تمرا ، وبذلك افترقت عن غيرها ، فما في المسالك من أن العرية كغيرها بالنسبة إلى هذا الشرط في غير محله ، ضرورة أنه ليس المانع الجهالة حتى تكون كغيرها ؛ بل هو ظهور دليل الرخصة فيما ذكرنا فلايجزي مشاهدة الثمن فيها و إن أجزى في غيرها إذا كان مما تكفي فيه المشاهدة كما هو واضح .

لكن في حواشي الشهيد « أنه لو كان لرجلين عريتان في مكانين و خرصتا هما فبلغت كل واحدة مثلا خمسماءة رطل ؛ جاز بيع كل واحدة بخرص الاخرى» وكأنه أخذه مما في التذكرة ، وقد صرح في التحرير بعدم جوازه قال فيها : « لو باع الرطب على رؤوس النخل بالرطب على رؤوس النخل خرصاً ؛ أو باع الرطب على رؤوس النخل بالرطب على وجه الارض كيلا فالاقوى الجواز ، للاصل السالم عن معارضة الربا ، لانتفائه بانتفاء شرطه » وفيه انه في غير العرية مزابنة بناء على تحققها بالرطب ، بل وفيها لعدم معلومية الثمن إذا كان على رأس النخلة كما عرفت ، أما إذا كان على الارض وقد علم بالكيل ؛ فقد يمنع أيضاً باعتبار ظهور دليل الرخصة في كون الثمن تمراً ، فلا

يجزى الرطب ولا البسر ولا غيرهما فتأمل جيداً ؛ فإنه يمكن أن يكون الجواز لانتفاء المزابنة ، باعتبار عدم كون الثمن تمراً كما ذكرنا سابقا .

نعم لولا الاتفاق ظاهراً لأمكن القول بعدم وجوب اعتبار المساواة بين ثمرتها وبين الثمن لعدم الربا ، ومافي الخبر من البيع بخرصها تمراً منزل على الغالب، لكن كفانا مؤنة ذلك ما عرفت معتضداً بعموم دليل حرمة المزابنة ؛ ولو كانت الثمرة مما تقطع بسراً أورطبا ففي الاكتفاء بخرصها كذلك وجه ، مع احتمال العدم اقتصارا علي المتيقن ؛ بل قد يحتمل وإن كان ضعيفاً عدم ثبوت العرية في ذلك خصوصا إذا فرض عدم حالة تمر لها فتأمل جيداً .

ثم إنه قد تحصل من ذلك كله أنه لابد من خرصها ، إما من البايع و المشترى أو من غيرهما بحيث يغلب على ظنهما المقدار الحاصل منها تمراً عند الجفاف ، وهل يشترط لو كان الخارص غيرهما أن يكون عدلا ؟ في جامع المقاصد « لا أعلم في ذلك كلاماً للاصحاب ، وامتناع الرجوع إلي خبر الفاسق قد يقتضي الاشتراط » وفيه إن الرجوع إلى ظنه غير الرجوع إلى خبره . نعم لو فرض الشك في الإخبار بظنه ، أمكن ذلك ، وهو غير ما نحن فيه ، و من هنا قال : الظاهر العدم لكن يشترط كونه من أهل المعرفة وهو جيد .

﴿و﴾ على كل حال ف ﴿لاعرية في غير النخل﴾ لغة وشرعاً سواء قلنا بحرمة المزابنة ، فيه أولا أما على الاول فواضح، واما على الثاني فالجواز شامل لها ولغيرها فلا يحتاج إلى شروط العرية وأحكامها كما هو واضح ، هذا و الظاهر عدم اعتبار اتحاد المالك للنخلة في العرية ولا الدار ، لكن هل يجوز بيع استحقاق أحدهما خاصة عرية إشكال كالاشكال مع اتحاد المالك في بيع البعض ، وطريق الاحتياط غير خفي وإن كان الذى يقوى الجواز بناء علي عدم اعتبار المشقة .

فرع

﴿لو قال : بعتك هذه الصبرة من التمر أو الغلة بهذه الصبرة من جنسها سواء بسواء لم يصح ؛ ولو تساويا عند الاعتبار﴾ بالكيل والوزن ﴿ إلا أن يكونا عارفين بقدرهما وقت الابتياع ﴾ لحصول الجهالة المانعة من صحة البيع عندنا حال العقد ﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في المبسوط ﴿يجوز وإن لم يعلما فان تساويا عند الاعتبار صح و إلا بطل﴾ للربا ﴿ولو كانتا من جنسين جاز إن تساويا أو تفاوتا ولم يتمانعا ؛ بأن بذل صاحب الزيادة ، أو قنع صاحب النقيصة وإلا فسخ البيع﴾ قال في المحكى عن مبسوطه « إذا باع صبرة من طعام بصبرة ، فان كانا من جنس واحد نظر، فان كانا اكتالا وعرفا تساويهما في المقدار جاز البيع ، وإن جهلا مقدارهما ولم يشترطا التساوى لم يجز ، لأن ما يجرى فيه الربا لا يجوز بيع بعضه ببعض جزافاً ، وإن قال : بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة كيلا بكيل سواء بسواء فقال : إشتريت فانهما يكالان فان خرجتا سواء جاز البيع ، وإن كانت إحديهما أكثر من الاخرى ، فان البيع باطل ، لأنه ربا؛ وأما إذا كانتا من جنسين مختلفين، فان لم يشترطا كيلا بكيل سواء بسواء فان البيع صحيح ، لان التفاضل جائز في الجنسين ، فان اشترطا أن تكونا كيلا بكيل سواء بسواء فان خرجتا متساويتين في الكيل جاز البيع ، و إن خرجتا متفاضلتين فان تبرع صاحب الصبرة الزائدة بالزيادة جاز البيع ، وإن امتنع من ذلك ورضي صاحب الصبرة الناقصة بأن يأخذ بقدرها من الصبرة الزائدة جاز البيع ، و إن تمانعا فسخ البيع بينهما ، لا لاجل الربا ، لكن لان كل واحد منهما باع جميع صبرته بجميع صبرة صاحبه ، و على أنهما سواء في المقدار ، فاذا تفاضلا و تمانعا وجب فسخ البيع بينهما » .

وجعل في الدروس ذلك منه من باب الاكتفاء بالمشاهدة ﴿و﴾ حيث قد علم في محله عدم الاكتفاء في مثل ذلك كان ﴿الاشبه﴾ باصول المذهب ﴿أنه لا يجوز﴾ مطلقا ﴿علي تقدير الجهالة وقت الابتياع﴾ نعم يمكن جريان مايقرب من ذلك على مذهبنا فيمالو فرض مكيل وموزون في زمن الشرع تجدد وتعارف بيعه جزافاً بناء على صحته، فان المتجه حينئذ فيه صحة بيعه صبرة بصبرة ، الا أنه يجب اختباره بعد ذلك تخلصاً من الربا ؛ فان تساويا أو بيع الجنسان وزناً صح البيع ، لعدم ثبوت اشتراط سبق معلومية التساوي في الصحة ، والامر ببيعه مثلا بمثل لا يقتضي أزيد من التساوى واقعاً بل الظاهر ذلك في أكثر شرائط المعاملة .

لكن مقتضى ذلك عدم الحكم بالبطلان فيما لو باع السيوف المحلاة ونحوها بأحد النقدين بجنس أحدهما إذا لم يعلم زيادته ، بل لابد حينئذ من الاختبار ، وينافيه ظاهر كلامهم ، ويمكن حمله على ما إذا لم يمكن الاعتبار وحينئذ يتجه البطلان ظاهراً لالترك الاحتياط الواجب ، إذ هو لا يقضى بالبطلان قطعاً ، بل لان الشك في الشرط شك في المشروط والاصل عدم النقل والانتقال ، فلو فرض العلم بالمساواة بعد ذلك انكشف الصحة من أول الامر لحصول الشرط واقعاً ، ونحوه لو أقدما على الربا فبانت المساواة ، كما أن المتجه الفساد لو أقدما على المساواة جهلا منهما ثم بان التفاوة لانتفائه واقعا حينئذ فتأمل جيداً ؛ فانه قد تقدم لنا بعض الكلام في ذلك في الحواشي فلاحظ، وأما اشتراط المساواة في مختلف الجنس إذا فرض الاكتفاء فيه بالمشاهدة فالمتجه صحته عملا بعموم «المؤمنون» (١) فاذا بان عدمه تسلط على الخيار و الزيادة بل و النقيصة في بعض الاحوال والله اعلم .

المسألة ﴿الخامسة : يجوز بيع الزرع قصيلا﴾ أى مشروطاً قطعه بلاخلاف أجده فيه ؛ للعمومات وغيرها ، سواء كان قد بلغ أوان قصله أو لم يبلغ ، و عين مدة لبقائه ثم قطعه بعدها أو أطلق فله الابقاء حتى يصل إلى أوان قصله ، وخبر معلى بن

(١) الوسائل الباب ٢٠ ـ من ابواب المهور الحديث ـ ٤

خنيس (١) « قلت لابي عبدالله عليه السلام : أشتري الزرع قال : إذاكان قدرشبر » محمول على الندب أوغيره مما لايخالف المجمع عليه ظاهراً في الجواز بعدظهوره بلغ أوان القصل أولم يبلغ » نعم ليس له شراؤه بذراً للغرر وفي الصلح وجه كالوجه لوشراه تبعاً للارض .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿ان لم يقطعه﴾ الذى شرط القطع عليه ففي المتن وغيره بل لا أجد فيه خلافاً معتداً به بينهم أن ﴿للبايع قطعه﴾ بعد استيذان الحاكم أوبدونه على اختلاف القولين ؛ لانه لاحق لعرق ظالم ، ولنفي الضرر و الضرار و غيرذلك ﴿و له تركه والمطالبة باجرة ارضه﴾ مدة بقائه وعدم قطع البايع له مع التمكن منه لايقضى بسقوط الاجرة التي يكفى فيها بقاء ارض المالك مشغولة بها ؛ بل لا يرتفع بذلك الغصبية التي تسلطه على أرش النقصان لوحصل بسبب البقاء الذى يستحق أخذ أجرته منه ، اذ ليس ذلك رضاً منه بالبقاء بالاجرة كماهوواضح .

لكن في السرائر « إنه إن لم يقطعه كان البايع بالخيار إن شاء قطعه ، فان لم يقطعه وبلغ ؛ كانت الزكاة إن بلغ النصاب على المشترى ، وعليه أيضاأجرة مثل تلك ، هذا إذاكانت الارض عشرية ، فان كانت خراجية كان على المبتاع خراجه » ثم إنه حكى عن نهاية الشيخ أنه قال : « لابأس بأن يبيع الزرع قصيلاو علـي المبتاع قطعه قبل ان يسنبل ، فان لم يقطعه كان البايع بالخيار ؛ إن شاء قطعه وان شاء تركه ، وكان على المبتاع خراجه » ثم قال ومراده بالخراج طسق الارض قدقبل به السلطان دون الزكاة ، لان الارض خراجية ، وهي المفتتحة عنوة دون أن تكون عشرية ، لأنها إن كانت عشرية كانت عليه الزكاة فحسب و الخراجيه عليها الخراج الذى هو السهم الذى قدتقبلها به ، فان فضل بعده ما فيه الزكاة ، يجب عليه الزكاة ، وإن لم يفضل مايجب فيه ذلك لازكاة عليه فيه .

قلت : قد ذكر الخراج في المقنعة و محكي المراسم بل في الوسيلة كان عليه خراجه وأجرته ، ومراد الجميع على الظاهر ماصرح به المتأخرون من أجرة الارض

---

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب بيع الثمار الحديث ٢

لعدم الدليل على ثبوت غيرها ، والمتجه- في موثق سماعة (١) «سألته عن شراء القصيل يشتريه الرجل فلايقصله و يبدوله في تركه حتى يخرج سنبله شعيراً أوحنطة وقد اشتراه من اصله على أن مايلقاه من خراج فهوعلى العلج ؛ فقال : إن كان اشترط عليه حين اشتراه ، إنشاء قطعه قصيلا ، وإن شاء تركه كما هوحتى يكون سنبلا ، وإلا فلا ينبغي أن يتركه حتى يكون سنبلا ، فان فعل فان عليه طسقه ونفقته وله ماخرج منه » -حمل لاينبغي فيه على الكراهة ، لما هومعلوم من النص والفتوى أن له الابقاء إذا لم يكن قداشترط عليه القطع ، ولاكان عادة أونحوهامما يقوم مقام الشرط ، قال زرارة للصادق عليه السلام :(٢) «أيحل شرآء الزرع الاخضر . قال: نعم لابأس به و قال : لابأس بأن تشتري الزرع والقصيل أخضر ثم تتركه إن شئت يسنبل ثم تحصده ، وإن شئت تعلف دابتك قصيلا فلا بأس به قبل أن يسنبل » الحديث ونحوه غيره وحينئذ لاوجه لكون الطسق عليه مع فرض اشتراطه على العلج الذي هوعبارة عن الزراع بل لايقوله الخصم ، فلابد من حمله على ضرب من الندب أيضاً .

و كيف كان فقد أشار بقوله فيه « من أصله إلى أنه إذا لم يكن قداشتراه كذلك » يمكن منع كون الحاصل للمشتري إذا فرض أنه يتولد مما بقي في الارض للبايع ، اوكان منه كذلك ، أوكان الحاصل يتولد منهما معاً ، ولعله لذا قال في التذكرة : « لواشترى الزرع قصيلا من أصوله صح ، فان قطعه فنبت فهوله ، فان شرط صاحب الارض قطعه فلم يقطعه كان عليه أجرة الارض ولولم يشترط المشترى الاصل فهولصاحبه ، فاذا قصله المشتري ونبت كان للبايع ولولم يقصله كان شريكا للبايع ويحكم بالصلح.

قلت : ولاينافي ذلك إطلاق الاصحاب أن على مشتري القصيل الاجرة لوأبقاه وله الحاصل لانه يمكن حمله على ما اذا كان مشتريا للزرع من أصله وأن اشترط عليه القصل

(١ و ٢) الوسائل الباب ١١ من ابواب بيع الثمار الحديث ٧-٣

كل مايخرج فتأمل جيدا . وعلى كل حال فظاهر الاصحاب هنا أن ليس للبايع الفسخ لعدم الوفاء بالشرط ، ولعله لانه متمكن من استيفاء شرطه ، وفيه أنه قد يتعذر عليه ذلك وقد يحتاج إلى مؤنة ، مع أنه قد يمنع توقف ثبوت الخيار على عدم التمكن من الاستيفاء كما عرفت البحث فيه مفصلا سابقا . نعم يمكن أن يكون مستند المقام ظاهر بعض النصوص كما أنه يمكن ان يكون ترك الاصحاب ذكر الخيار في المقام مبنياً على ماتقدم سابقاً ولاينافيه نصهم هنا على الاجرة والقلع .

﴿وكذا لو اشترى نخلا بشرط القطع﴾ أجذاعاً فتركه المشتري فإنه ياتي فيه جميع ماتقدم نعم لاريب هنا في أن الحمل للمشترى ؛ لانه نماء ملكه روى هارون بن حمزة الغنوى (١) قال : «سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يشترى النخل يقطعه للجذوع فيغيب الرجل فيدع النخل كهيئته لم يقطع ، فيقدم الرجل وقد حمل النخل فقال : له الحمل يصنع به ماشاء إلا أن يكون صاحب النخل كان يسقيه و يقوم عليه » ونحوه غيره والظاهر ارادة استحقاق أجرة المثل من الاستثناء المزبور إلا أنه ينبغي تقييده كما في السرائر وغيرها بما إذا كان باذن مالك النخل ، و إن أطلق في النهاية والمحكي عن الصدوق وابني الجنيد والبراج كالنص ، أللهم إلا أن يدعى عدم الحاجة هنا إلى الاذن ، باعتبار احتياج صاحب الارض السقي لبستانه والفرض تضرره بشرب النخل المزبور الماء فتأمل جيدا ، والامر سهل ، هذا كله في شراء الزرع قصيلا .

أما شراؤه بشرط التبقية إلى أوان بلوغه أو مطلقا فلا إشكال أيضاً في جوازه ، للاصل والعمومات وخصوص المعتبرة المستفيضة (٢) في المقام التي مر بعضها ، بل ولاخلاف إلا مايحكى عن المزارعة المقنع من منع بيع الزرع الا بشرط القصل لعدم الامن من الآفة ولخبر أبي بصير (٣) « سألت الصادق عليه السلام عن الحنطة والشعير اشترى زرعه قبل أن يسنبل وهو حشيش قال : لا إلا أن تشتريه لقصيل تعلفه الدواب ثم تتركه حتى يسنبل » و موثق ابن عمار (٤) «سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول لاتشتر

---

(١) الوسائل الباب ٩ ـ من ابواب بيع الثمار الحديث ١
(٢) (٣) (٤) الوسائل الباب ١١ من ابواب بيع الثمار الحديث ٣ـ١٠ـ٥

الزرع مالم يسنبل فان كنت تشترى أصله فلا بأس » وفيه أن عدم الامن من الآفة لايؤثر منعاً لجواز بيع الموجود و خبر ابى بصير- مع ضعفه لاجابر بل موهن بفتوى الاصحاب بخلافه- يمكن حمله على الندب أو على إرادة شراء الحاصل منه الذي قد عرفت منعه فيما تقدم ، كالموثق الظاهر في ذلك ، وفي عدم البأس مع شراء الاصل، على كل إنهما قاصران عن معارضة غيرهما من وجوه كما هو واضح ، وحينئذ قد ظهر أنه لابأس بشراء نفس الزرع في جميع أحواله حتي اذا كان محصوداً اكتفاء بالمشاهدة في مثله والله أعلم.

المسألة ﴿السادسة يجوز أن يبيع ماابتاعه من الثمرة بزياد عما ابتاعه﴾ به ﴿ أو نقصان ؛ قبل قبضه أو بعده ﴾ بلاخلاف ولا إشكال للاصل، وصحيح الحلبى(١) سأل الصادق عليه السلام عن رجل إشترى الثمرة ثم يبيعها قبل أن يأخذها ؟ قال : لابأس به ، إذا وجد ربحاً فليبع » و صحيح محمد بن مسلم (٢) عن أحدهما عليهما السلام «أنه قال في رجل اشترى الثمرة ثم يبيعها قبل أن يقبضها قال : لابأس » مضافاً الى العمومات ومحكي الاجماع إن لم يكن محصله فلا يتوهم جريان ما تقدم سابقا من منع البيع قبل القبض في المقام ؛ ضرورة اختصاصه في المكيل والموزون ، أو خصوص الطعام منهما ، لكن في النافع هنا الجواز على كراهة ، ولاوجه له إلا إطلاق بعض الاخبار والفتاوي منع بيع المبيع قبل قبضه ، وهو سابقاً لم يجعل ذلك سبباً للكراهية مطلقا بل خصها بالمقدر بأحدهما ، كما في كثير من النصوص والفتوى، لكن أمر الكراهة سهل.

المسألة ﴿السابعة : إذا كان بين اثنين ﴾ مثلا ﴿نخل أو شجر﴾ أو زرع ﴿فتقبل أحدهما بحصة صاحبه﴾ بعد خرص المجموع ﴿بشيء معلوم﴾ على حسب الخرص المزبور ﴿كان جائزا﴾ لصحيح يعقوب بن شعيب (٣) الذى رواه المشايخ الثلاثة «سألت الصادق عليه السلام عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه : إختر إما أن تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيلا مسمى ، و تعطيني نصف هذا الكيل زاد أو نقص ، وإما أن آخذه أنا بذلك وأرده عليك ؟ قال لا بأس بذلك » وصحيح الحلبى (٤)

(١) (٢) الوسائل الباب ٧ من ابواب بيع الثمار الحديث ٢-٣

(٣)(٤) الوسائل الباب ١٠ من ابواب بيع الثمار الحديث ١-٢

قال: «أخبرني أبوعبدالله عليه السلام أن أباه حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وآله، أعطى خيبراً بالنصف أرضها ونخلها؛ فلما ادركت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة فقوم عليهم قيمة؛ وقال لهم إما أن تاخذوه وتعطوني نصف الثمن، وإما أن اعطيكم نصف الثمن وآخذه فقالوا بهذا قامت السماوات والارض» وفي التهذيب (١) عوض الثمن في الموضعين الثمرة؛ وهوا لأنسب بالخرص الاتي، وإن كان الثمن أنسب بالتقويم.

وصحيح أبي الصباح الكناني (٢) «سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول: أن النبي صلى الله عليه وآله لما افتتح خيبر تركها في أيديهم على النصف؛ فلما بلغت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة إليهم فخرصها عليهم؛ فجاؤا إلى النبي صلى الله عليه وآله وقالوا إنه قد زاد علينا؛ فأرسل إلى عبدالله بن رواحة فقال مايقول هؤلاء؛ فقال: خرصت عليهم بشيء؛ فان شاؤا أخذوا بماخرصنا، وإن شاؤا أخذنا، فقال رجل من اليهود: بهذا قامت السماوات والارض».

وصحيح يعقوب بن شعيب (٣) الاخر عن الصادق عليه السلام أيضاً «قال فيه: فلما بلغ الثمرة أمر عبدالله بن رواحة فخرص عليهم النخل، فلما فرغ منه خيرهم فقال قد خرصنا هذا النخل بكذا صاعاً، فان شئتم فخذوه؛ وردوا علينا نصف ذلك؛ وإن شئتم أخذناه وأعطينا كم نصف ذلك؛ فقال اليهود: بهذا قامت السماوات والارض» و مرسل محمدبن عيسى (٤) «قلت لابي الحسن عليه السلام انلنا أكرة فنزارعهم فيقولون قدحرزنا هذا الزرع بكذا وكذا فاعطوناه ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصة على هذا الحرز قال: وقدبلغ؟ قلت: نعم قال: لابأس بهذا؛ قلت: فانه يجيء بعد ذلك فيقول لنا الحرز لم يجيء كما حرزت قد نقص، قال: فاذا زاد يرد عليكم: قلت: لا قال: فلكم أن تأخذوه بتمام الحرز؛ كما أنه إذا زاد كان له؛ كذلك إذا نقص كان عليه».

---

(١) التهذيب ج ٧ ص ١٩٣ باب المزارعة الحديث -١

(٢)-(٣)-(٤) الوسائل الباب-١٠-من ابواب بيع الثمار الحديث -٣-٥-٢

وخبر سهل (١) سألت أباالحسن موسى عليه السلام عن الرجل يزرع له الحراث الزعفران و يضمن له على أن يعطيه في كل جريب أرض يمسح عليه وزن كذا وكذا درهماً ، فربما نقص وغرم وربما استفضل وزاد ، قال : لابأس به إذا تراضيا» و خبر عبدالله بن بكير (٢) عن الصادق عليه السلام سألته عن الرجل يزرع له الزعفران فيضمن له الحراث علي أن يدفع له من كل أربعين منا زعفرانا رطبا مناو يصالحه علـي اليابس واليابس إذا جفف ينقص ثلاثة أرباع ويبقى ربعه وقد جرب قال: لا يصلح ، قلت: وإن كان عليه أمين يحفظه لم يستطع حفظه ، لانه يعالج بالليل ولا يطاق حفظه ، قال: يقبله الارض أولا على أن له في كل أربعين منا منا » إلى غير ذلك من النصوص التي لا أجد خلافا بين الاصحاب في العمل بمضمونها في النخل و الثمار والزرع ، فهو إن كان بيعاً فمستثنى من المحاقلة و المزابنة، ومن قاعدة مغايرة الثمن للمثمن ؛ ونحوهما مما يخالف قواعد البيع ، مع أنك ستعرف كون التحقيق أنها ليست بيعاً .

لكن في السرائر وان زارع أرضاً أوساقاها على ثلث، أوربع أو غير ذلك وبلغت الغلة جاز لصاحب الأرض أن يخرص عليه الغلة والثمرة ، فان رضي المزارع أو المساقي بماخرص أخذها وكان عليه حصة صاحب الارض ، سواء نقص الخرص أو زادوكان له ، كما فعل عامل رسول الله صلى الله عليه وآله بأهل خيبر وهو عبدالله بن رواحة الانصارى الخزرجي ، فأن هلكت الغلة والثمرة قبل جذاذها و حصادها بآفة سماوية لم يلتزم العامل الذي هو الا كار بشيء لصاحب الارض ؛ والذي ينبغي تحصيله في هذا الخبر والسؤال أنه لا يخلو إما أن يكون قدباعه حصته من الغلة والثمرة بمقدار في ذمته من الغلة والثمرة، أو باعه الحصة بغلة من هذه الأرض فعلى الوجهين معاً البيع باطل ، لانه داخل في المزابنة والمحاقلة ، وكلاهما باطلان ، وإن كان ذلك صلحاً لا بيعاً فا ن كان ذلك بغلة وثمرة في ذمة الا كار الذى هو المزارع فانه لازم له ؛ سواء هلكت الغلة بالآفات السماوية أو الأرضية ، وإن كان ذلك الصلح بغلة من تلك الارض ، فهو صلح باطل، لدخوله في باب الغرر ، لانه غير مضمون ، فان كان ذلك فالغلة بينهما سواء زاد الخرص أو نقص

(١)-(٢) الوسائل الباب ١٤- من ابواب احكام المزارعة الحديث- ١ - ٢

تلفت منهما أوسلمت لهما ، فليلحظ ذلك، فهو الذي يقتضيه أصول مذهبنا و تشهد به الادلة ، فلايرجع عنها بأخبار الاحاد التي لاتوجب علماً ولاعملا ؛ و إن كررت في الكتب .

قلت : قدلحظناه فوجدناه كالاجتهاد في مقابلة النص المعمول به بين الاصحاب بل الظاهر إن الاشكال في لزومها كمافي التذكرة بل في التنقيح و محكي إيضاح النافع والميسية ، الجزم بعدمه من ذلك أيضاً ، ضرورة صراحة بعض النصوص السابقة فيه ، وظهور آخر كالفتاوى التي لايقدح مافي بعضها كالمتن وغيره من التعبير بالجواز المراد به رفع الحظر ، لانفي اللزوم الذي هو مقتضى الامر بالوفاء بالعقود ؛ فمافي مزارعة القواعد من أن الزايد إباحة على إشكال، في غير محله قطعاً ، بل هو ملك للمتقبل كما كاديكون صريح المرسل السابق ، وظاهر غيره ، والربا لوقلنا بعمومه معفو عنه في المقام ، على أنه إن كان هو منشاء الاشكال ، فلايخص الزيادة ، بل آت في النقيصة أيضاً .

ثم إن المنساق من النصوص السابقة ماهو صريح جماعة ، بل المشهور بل ظاهر جامع المقاصد نسبته إلى تصريح الاصحاب من كون كيفية التقبيل المزبور اعتبار العوض من الثمرة المخروصة ، ولا يقدح في ذلك اتحاد الثمن و المثمن بعد ظهور النصوص المعمول بها بين الاصحاب فيه ، سواء قلنا أنها بيع كما احتمله في التذكرة ، و إن كان بعيداً لشدة مخالفته لقواعد البيع مع عدم ظهور شيء من النصوص في أنه منه ؛ وذكر الاصحاب له في بيع الثمار أعم من ذلك، أو معاملة برأسها ، أو صلح سيما بعد عدم الاتحاد حقيقة هنا ,لكون المعوض عنه الحصة المشاعة ، و العوض المقدار المخصوص من مجموع الحصتين بل لا يبعد جواز مثل ذلك في الصلح مع قطع النظر عن نصوص المقام لعموم قوله ﷺ الصلح جائز بين المسلمين »(١) الذى استفيد منه قيامه مقام الهبة و غيرها ، فجوزوا الصلح عن المال ببعضه وإن إنحل

(١) الوسائل الباب -٣- من ابواب احكام الصلح الحديث ١-٢

إلى الهبة .

ولعله هنا كذلك من طرف القابل والمقبل و حينئذ فبناء على أن القبالة نوع من الصلح كما هو صريح بعض وظاهر آخر لا تكون مخالفة للقواعد أصلا اذ لا محاقلة ولا مزابنة فيه ولا ربا أيضا وإن قلنا باختصاصه بالبيع ، بل و علي التعميم لما عرفت من أن الثمرة والزرع ليستا من المكيل والموزون ، ولا منع من مثل هذا الاتحاد فيه ؛ وكذا لو قلنا بأنها معاملة برأسها كما هو مقتضى جوازها بلفظ التقبيل ؛ بل في المسالك ظاهر الاصحاب أن الصيغة تكون بلفظ التقبيل ، وإن كان قد يشكل إن أريد الاختصاص ، بخلو أكثر النصوص السابقة عن اللفظ المزبور ، بل ظاهرها خصوصاً الاول الاكتفاء بغيره ، وفي جامع المقاصد هل يحتاج ذلك اي التقبيل إلى صيغة عقد الظاهر نعم ، لانها صلح في المعنى ؛ ولان الافعال لما لم تكن لها دلالة بنفسها على المعاني تعين المصير إلى الالفاظ حينئذ ، فيحمل على العقد لانه الموظف شرعا لنقل الملك ؛ ولان الاصل بقاء الملك لمالكه حتى يقطع بسببه ، فان قلت : عبارة الصحيح الاول دالة على خلاف ذلك ، قلت : ليس فيها دلالة على أن المسئول عنه فيها هو الجاري في المعاوضة ، فيجوز أن يكون المسئول عنه هو صحة إيقاع ما اراده».

قلت : لاريب في اعتبار الصيغة في لزومها وخلو نصوصها عنها كخلو أكثر نصوص العقود عن ذلك . إنما الكلام في أن صيغتها صيغة الصلح لعدم تعارف غير العقود المعهودة المفردة بالتبويب ، ولعدم ظهور في نصوص المقام بالاستقلال ، إذ ليس فيها إلا الجواز الذي يمكن أن يكون بناؤه على أنها من الصلح ، بل ربما كان في بعضها إيماء إلى ذلك ، أو أن صيغتها خصوص لفظ التقبيل المعبر به في الفتاوى و بعض النصوص ، لعدم ذكرهم ذلك في باب الصلح ؛ بل لا إشارة في شيء من كلامهم إلى أنه منه وما في المختلف كالذي سمعته من جامع المقاصد يراد منه أنها كالصلح في المعنى، لأنها تنعقد بصيغته .

نعم صرح في الدروس بأنها نوع منه، ويمكن إرادته ذلك أيضاً على إشكال وتردد؛

نعم بناء على جواز الاتحاد المزبور لاينبغي التأمل حينئذ ؛ في صحة وقوعها ، بصيغة الصلح ، وإن لم تتم قبالة ، كما أنها كذلك لو وقع العوض من غيرها أو مطلقا بعقد الصلح ، بل قد يستشكل من وقوع العوض من غيرها والصيغة لفظ التقبيل ، لما عرفت من أن وضعها على كون الثمن منها ، كما يشهد له ما ذكره الشيخ وابنا حمزة وادريس والفاضل والشهيد والمقداد وغيرهم من عدم الضمان لو تلفت الثمرة بآفة سماوية بل في مزارعة جامع المقاصد نسبته إليهم مشعراً بدعوى الاجماع عليه ، ضرورة توقف صحته على كون الثمن منها ، حتى يكون التلف حينئذ للعوض ، ولادليل على الانتقال إلى بدله بعد عدم الدليل على ضمانه في يده ، ولاينافي ذلك صحته العقد، إذ ليس هو بغير عوض ، بل عوضه من المعوض ، فمع فرض التلف بالآفة يتحقق تلف العوضين معاً من غير ضمان ، فما في التذكرة من التردد فيه ـ كالمحكي عن تعليق الارشاد ، بل في المسالك أن دليله غير واضح ـ في غير محله ؛ بل لايحتاج ذلك إلى تنزيل العوض على الاشاعة ، إذ يمكن أن لايكون كذلك ، وإن كان كليا مضمونا في العين بشرط السلامة ، للدليل نحو ما سمعته في خبر الاطنان (١) في الجملة.

وعلى كل حال فليس مثل هذا إنفساخاً لامن الاصل ولامن الحين ، لكن في الدروس أن قرار ذلك مشروط بالسلامة ، والمراد كما في جامع المقاصد أنه إن هلكت لاصلح ، وإن سلمت ثبت ووجب العوض ، وربما أشكل بأنه لو هلك بعضها يجب القول بعدم بقاء الصلح ، فلايلزمه ما بقي من العوض ، ويدفع بأن سلامة الجميع شرط للصلح في الجميع ، وسلامة الابعاض شرط للصلح فيها، نعم قد يشكل بأنه قد صرح في الدروس بالجواز لو تقلبها بعوض غير مشروط فيها ، ولادليل على اشتراط مثله بالسلامة ؛ لان المعوض إذا قبض بعوض وجب أن يكون مضموناً ؛ فاذا تلف يجب أن يكون عوضه في الذمة؛ ويمكن تنزيل ما في الدروس على ما إذا كان العوض منها بالسلامة لامطلقاً بل قد سمعت سابقاً أن ذلك وإن جاز ؛ إلا أنه ليس قبالة على

(١) الوسائل الباب ـ ١٩ ـ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ـ ١

الظاهر ، لكن في جامع المقاصد « إن كلا من القولين لا يخلو من اشكال، أما اشتراط كون القبالة من الثمرة المتقبلة فيه إشكالان ، الاول أن اشتراط العوض من المعوض ينا في صحة المعاوضة عند الجميع ، وليس في النصوص ما يدل على الجواز هنا، الثاني لو نقصت الثمرة بغير آفة بل كان من جهة الخرص يجب على تقدير كون العوض منها أن لا يجب الناقص علي المتقبل مع أنهم حكموا بعدم وجوبه عليه، و أما علي الجواز مطلقا فاشكالان مع ثالث ، وهو عدم إمكان اشتراط السلامة في قرار القبالة حيث يكون في الذمة لما قلناه من ، امتناع كون محل العوض الذمة ويذهب بتلف الثمرة.

وفيه ما عرفت سابقا من ظهور النصوص و الفتاوى في كون العوض منها ، وحينئذ وجه عدم الضمان بالافة واضح ، بل هو قد اعترف في باب المزارعة بأن هذه المعاوضة لا تخرج باشتراط السلامة عن نهج المعاوضات ، فإن المبيع في زمان الخيار من ضمان البايع وإن تلف في يد المشتري ، لكن بغير تفريط ؛ إذا كان الخيار للمشترى ؛ وهي لا تزيد علي ذلك ، ومنه يعلم وجه إندفاع الآخر . نعم يبقى المطالبة بالدليل على ذلك ، فيما لو كان العوض من غيرها ، و إقامته عليه ــ سيما مع عدم تصريح الاصحاب بأن القبالة تكون من غير الثمرة ـ لا تخلو من صعوبة

وإن كان الظاهر بناء هذه المعاوضة على الزيادة و النقصان من حيث الخرص لا غير ، وربما كان من قوله ﷺ (١) « إذا كانت الزيادة له فالنقيصة عليه » إيماء إلى ذلك في الجملة ، فيرجع حاصلها أن المتقبل ضامن للمقدار المعلوم مع سلامة الثمرة وعدم تلفها ، بل يمكن دعوى براءته لو كان المتلف غير الافة من غاصب وشبهه ، وإن استبعده في جامع المقاصد قال : « والظاهر أن المراد بالافة السماوية والارضية ما يكون ممن لا يعقل تضمينه . فلو أتلفها متلف فالظاهر أن القبالة بحالها ، عملا بالاستصحاب ويطالب المتقبل المتلف ، ويحتمل أن يراد بالارضية ما يعم هذا، فيسقط القبالة أيضاً

(١) الوسائل الباب ـ ١٠ ـ من ابواب بيع الثمار الحديث ٣

با تلاف المتلف ، وهو بعيد » وأما ما ذكره من عدم وجوب النقص على المتقبل لو كان النقصان من حيث الخرص ، فيدفعه صريح بعض النصوص السابقة ، وظهور آخر و كون الثمن منها لاينافي ذلك ، إذ يلزم بالتادية من حصته .

نعم لو فرض نقصان المجموع من المقدار اتجه ذلك، إلا أنه نادر لايحمل عليه إطلاق النصوص و الفتاوى ، فتأمل جيداً ، ثم إنه لايخفى ظهور النص السابق في اعتبار البلوغ كما أنه صرح غير واحد بعدم وجوب القبول على الشريك ، للاصل وغيره لكن قد يظهر من النصوص السابقة الالتزام باحدى فردي التخيير ؛ مؤيداً بوجه مشروعية التقبيل من خوف الخيانة ونحوها ، والظاهر أنه لايعتبر في القبالة ماتقدم في العرية من وجوب الاخذ بمقدار الخرص من غير زيادة ولا نقيصة ، بعدما سمعت من عدم الربا في المقام «والناس مسلطون علي أموالهم » كما أنه قد ظهر لك مما قدمنا إمكان جريان التقبيل بالنسبة إلى غير الشريك بل في غير الثمار ، بناء علي أن القبالة نوع من الصلح ؛ و إن ذلك كله جايز فيه ، لعموم قوله ﷺ (١) «الصلح جائز بين المسلمين» لكن ظاهر الاصحاب الاقتصار وهو مؤيد لكون القبالة قسماً مستقلا برأسها ، فيقتصر في موردها على المتيقن . والله أعلم .

المسألة ﴿الثامنة: إذا مر الانسان بشيء من النخل أو شجر الفواكه أو الزرع﴾ أو قريب منها ، بحيث لايعد قاصداً عرفا بل كان ذلك منه ﴿إتفاقا جاز أن يأكل من غير إفساد﴾ مع عدم العلم والظن بالكراهة علي المشهور بين الاصحاب نقلا وتحصيلا بل في المختلف « عن السرائر إذا مر الانسان بالثمر جاز له أن ياكل منها قدر كفايته، ولا يحمل منها شيئاً على حال ، من غير قصد إلى المضي إلي الثمرة للاكل ،بل كان الانسان مجتازاً في حاجة ثم مر بالثمار ، سواء كان أكله منها لاجل الضرورة ، أو غير ذلك ، علي مارواه أصحابنا وأجمعوا عليه لان الاخبار في ذلك متواترة ، و الاجماع منعقد منهم ، ولايعتد بخبر شاذ أو خلاف من يعرف باسمه و نسبه ، لان الحق مع غيره

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب احكام الصلح الحديث ١-٢

وعن الخلاف الاجماع أيضاً في النخل و الفواكه؛ وفي الرياض لم نقف علي مخالف فيه من قدمائهم إلا مايحكى عن المرتضى في بعض كتبه ، بل في شرح الاستاد أنه قيل باضافة الزرع و الخضر ؛ و نقلت عليه الشهرة ، و نسب إلى بعض نقل الاجماع فيه .

وكيف كان فيدل عليه مضافا إلي ذلك قول الصادق عليه السلام في خبر عبدالله بن سنان (١) لابأس بالرجل يمر بالثمرة ويأكل منها ولايفسد ؛ قدنهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن تبنى الحيطان في المدينة ؛ لمكان المارة ، قال: وكان إذابلغ نخله أمر بالحيطان فخرقت لمكان المارة » ونحوه خبر أبي الربيع (٢) عنه أيضاً، إلاأنه قال:« ولايفسد ولايحمل» كمرسل الفقيه (٣) عنه أيضاً من مر ببساتين فلابأس أن يأكل من ثمارها ،ولا يحمل شيئا » .

وقدقال محمدبن مروان للصادق عليه السلام في المرسل (٤) المروى بطرق ثلاثة « أمر بالثمرة فآكل منها ؟ قال : كل ولا تحمل » وزادفي أحدطرقه «قلت : جعلت فداك إن التجار قد اشتروها و نقدوا أموالهم ، قال اشتروا ما ليس لهم » و سأله أيضاً يونس (٥) عن الرجل يمر بالبستان ،وقد حيط عليه أولم يحط عليه ؛ هل يجوز أن يأكل من ثمره ، ليس يحمله على الاكل من ثمرة الاالشهوة له؛ وله مايغنيه عن الاكل من ثمرة ، وهل له أن يأكل من جوع ؟ قال : لابأس أن يأكل ولايحمله ، و لا يفسده » و سأله« ابن أبي عمير (٦) «عن الرجل يمر بالنخل أوالسنبل أو الثمرة ، فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها ضرورة أوغير ضرورة ؟ قال : لابأس » و خبر علي بن جعفر (٧) عن أخيه المروى عن كتاب مسائله لاخيه قال: « سالته عن الرجل يمر على ثمرة فيأكل منها،قال : نعم قدنهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن تستر الحيطان برفع بنيانها »

---

(١)-(٢)-(٣)-(٤)-(٥)-(٦)- (٧) الوسائل الباب -٨- من ابواب بيع الثمار الحديث -١٢-٨-٤-٥-٣-٢- .

إلى غير ذلك من النصوص التي لا يبعد تواترها كما سمعته من ابن ادريس ؛ ولذا عمل بها هو كغيره ممن لا يرى العمل إلا بالقطعيات.

فمن الغريب بعد ذلك التوقف في الحكم المزبور فضلا عن الجزم بعدمه لقاعدة قبح التصرف في مال الغير بغير إذنه؛ المعلومة بالعقل والنقل، كمعلومية حرمة الظلم و الجور و الخيانة والسرقة، وتحريم أكل أموال الناس بالباطل، و صحيح علي بن يقطين(١) «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يمر بالثمرة من الزرع والنخل والكرم والشجر والمباطخ وغير ذلك من الثمر أيحل له أن يتناول منه شيئاً ويأكل من غير إذن صاحبه وكيف حاله إن نهاه صاحب الثمرة، وأمره القيم، وليس له وكم الحد الذي يسعه أن يتناول منه؟ قال: لا يحل له أن يأخذ منه شيئاً» ومرسل مروان بن عبيد (٢) قلت للصادق عليه السلام: «الرجل يمر على قراخ الزرع يأخذ منه السنبلة؟ قال: لا قلت: أي شيء السنبلة، قال: لو كان كل من يمر به يأخذ منه سنبلة لا يبقى منه شيء» وخبر مسعدة بن زياد المروي عن قرب الأسناد (٣) «عن جعفر بن محمد عليهما السلام أنه سئل عما يأكل الناس من الفاكهة والرطب مما هو حلال لهم؟ فقال لا يأكل أحد إلا من ضرورة ولا يفسد؛ إذا كان عليها بناء يحاط ومن أجل الضرورة نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن يبنى على حدائق النخل والثمار بناء لكي لا يأكل منها أحد»

مؤيداً ذلك كله بنصوص التقبيل والخرص في الزكاة والخراج، بل و بما دل على إخراج النخلة و نحوها لأجل المارة، الظاهر في التساهل بأمر المارة وباستمرار السيرة على بناء الجدران و وضع الابواب ومنع الناس وامتناعهم، مع أنه لو كان مثل ذلك جائزاً لشاع، حتى بلغ التواتر، لأنه تعارف خلافه وبأن فتح هذا الباب يقضي بأن تضمحل أموال الناس كما أومأ إليه خبر السنبلة، سيما مع كثرة الثمار على الطرق المسلوكة، بل يبعث على التجرى على الحرام، حتى أن كل من يجيء يقول لم أكن قاصداً له، ومن كان له عداوة مع أحد يتقصد إضراره

(١) (٢)(٣) ألوسائل الباب -٨- من ابواب بيع الثمار الحديث -٧-٦-١٠

وله عذر واضح ؛ بل يلزم منه أيضاً استباحة الاغنياء زكاة الفقراء غير السادات ، وخمس السادات مع القول بالتعلق بالعين .

ومن ذلك يظهر أن أدلة الجواز لاتقوى على تخصيص هذه الأدلة ، سيما مع اختلاف نقل الإجماع ؛ وعدم خلو كثير من النصوص السابقة عن البحث في السند أو الدلالة ، و إمكان حمل جملة منها على شهادة القرينة بالاذن ، كما يرشد اليه خبر الجدران ، أو على أن لذلك العصر خصوصية على شهادة القرينة بالإذن أو على حال الضرورة أو على تعليم أهل الثمار الرخصة ، و أنه ينبغي لهم ذلك نحو ما وقع من النبي صلى الله عليه وآله ، وفي المروي عن صاحب الزمان عجل الله فرجه (١) في جواب مسائل العمري ، «وأما ماسألت من أمر الثمار من أموالنا يمر به المار فيتناول منه ويأكل هل يحل له ذلك ؟ فانه يحل له أكله ، و يحرم عليه حمله » ولا أقل من أن يفيد ذلك كله الشك والاصل الحرمة .

هذا أقصى ما يقال في ترجيح القول بالعدم الذي هو مختار المرتضى في المحكي عنه في المسائل الصيداوية ، و الفاضل في مكاسب المختلف ، و إن توقف في الأطعمة ، و المحقق الثاني و غيرهم من المتأخرين و متأخريهم ، و اختاره الاستاد الاكبر ، إلا أن الجميع كماترى ، بل يشبه أن يكون إجتهادا في مقابلة النص ، إذ القاعدة بعد تسليم حكم العقل باقعادها حال عدم العلم بالكراهة يجب الخروج عنها ببعض ما عرفت ، فضلا عن جميعه كغيرها من القواعد ، إذ مرجعه إلى الإذن الشرعية التي هي اقوى من المالكية ، وبها مع فرض كون موضوع البحث عدم العلم بالكراهة ، يخرج مانحن فيه عن موضوع الظلم والخيانة والسرقة والجور و الأكل بالباطل ونحو ذلك .

والصحيح مع معارضته بغيره محتمل للحمل منها وللكراهة ، ولإرادة بيان حكم التناول مع نهي المالك وأمر القيم ، ولغير ذلك ؛ والمرسل مع عدم الجابر

---

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب بيع الثمار الحديث ـ ٩ .

و معارضته بماسمعت محتمل أو ظاهر أو صريح فى غير التناول للاكـل ، ضرورة استبعاده في السنبلة الواحدة لعدم تعارفه بل ظاهر السائل الإقدام على ذلك باعتبار قلة الإكترات بالسنبلة ، فأجابه صلى الله عليه وآله بالحكمة المزبورة .

وفي الحدائق « الظاهر أن هذا الخبر لايدخل في سياق هذه الأخبار ، فلامعنى لإجرائه في هذا المضمار ، فإن موضوع المسألة الاكل من الثمار في مكانه من غير أن يحمله ، و الظاهر أن السنبل ليس من المأكول على تلك الحال ، فالظاهر إرادة حمله ، والمنع فيه ممالا خلاف فيه وهو حسن .

لكن قيل يتعارف أكله مقلا و نحوه ، و خبر قرب الاسناد محتمل للكراهة ، خصوصاً مع استثنائه الضرورة ، و عدم بيان حدها ، بل الظاهر منها عدم الوصول إلى حد الخوف على النفس ؛ أو أن المراد منه المنع منه مع قيام شاهد الحال على العدم كالحائط و نحوه ، والخرص و التقبيل مع كونه في الغالب عند البلوغ ، يمكن اعتبار أمر المارة فيه و إخراج النخلة لإرادة المارة بصاحب البستان ، فإن من المتعارف بذل شيء من الثمرة لمن يمر به ، والمسلم من قيام السيرة علي مايفسد وبناء الجدران و وضع الابواب للخوف من ذلك ، على أنه إذاكان قد تعارف المنع خرج عن موضوع المسألة الذى هو الاكل مع عدم العلم بالمنع ، وعدم البلوغ إلي حد التواتر لايقضي بالمنع كما في غيره من الاحكام التي هي أهم منه ، مع أنك قد سمعت دعواه ودعوى الاجماع و غيرهما ، و ليس في الاكل مع عدم الإفساد إضمحلال لاموال الناس ، بل ربما أدى إلى البركة فيها ، ومثل هذه الباعثية لاتصلح دليلا للمنع ، كوضوح العذر له ، ولو أن نحو ذلك صالح لامتنع كثير من الاحكام الشرعية ، وإباحة الشارع الثمرة للمارين أغنياء كانوا أو فقراء تجرى على الجميع كما اعترف هو به فى آخر كلامه؛ لانه المالك الحقيقى ، وليس مثل هذا الاختلاف فى نقل الاجماع قادحاً ، كما أن عدم خلو النصوص عن البحث في السند أو الدلالة بعد الإعتضاد بماعرفت غير قادح أيضاً .

ومن ذلك كله ظهر لك قوة القول بالجواز . نعم ليس في شيء من نصوصه تعرض لغير الثمرة و النخل ، واقتصار بعضهم على الثاني ، كما عن الشيخ في المسائل الحائرية في غير محله إن أراد عدم الجواز في غيره ، أما الخضر فقد عرفت عن بعضهم دعوى الشهرة عليه ، وآخر نقل الاجماع ، وقد يدعى تناول لفظ الثمرة له كما يشهد به صحيح ابن يقطين (١) السابق وغيره ، كتناول لفظ البستان المراد منه ما فيه، بل قد يدعى تناولهما لمطلق الزرع خصوصاً الثاني متمما حينئذ بعدم القول بالفصل مضافاً إلى مرسل ابن ابي عمير (٢) السابق لكن تردد فيهما المصنف في النافع و أطعمة الكتاب، لاختصاص كثير من الادلة السابقة بغيرهما، وللصحيح (٣) والمرسل (٤) السابقين في دليل المنع مضافا إلى الاقتصار فيما خالف الاصل على المتيقن ، و في الرياض - « لاريب أن الترك هنا بل وسابقاً أيضاً أحوط وأولى ، بل ربما كان متعينا ، ولاوجه لتخصيص التردد بالحكم هنا مع جريانه في غيرهما إلا وجود القائل بالمنع هنا زائداً على المرتضى و عدم حكاية إجماع هنا مع اختصاص كثير من الفتاوي المجوزة المحكية في المختلف بالحكم سابقا ».

قلت : قد عرفت عن بعضهم نقل الاجماع ، كما أنك عرفت وجه الاختصاص بالتردد ، وعلى كل حال فلاريب أن الاحوط الترك فيهما ، بل وفي غيرهما وإن اختلف شدة وضعفا ؛ ثم إن ظاهر المتن كغيره اشتراط الجواز بأمور ثلاثة ، أحدها - كون المرور إتفاقيا ، فلو كان مقصوداً لم يجزله ، إقتصاراً على المتيقن ؛ و قد يظهر من الرياض دعوى الاجماع عليه ؛ كما في الحدائق نسبه إلى الاصحاب ، وفي شرح الاستاد « اعتبار عدم قصد المرور منه ولا من وليه لخصوص تلك الثمرة و نحوه ، لا في مبدء المسافة ؛ ولا في أثنائها ، ليتحقق صدق اسم المرور ؛ وللاجماع عليه، ولو عينها بالاشارة واختلف الاسم كان قاصدا ؛ بخلاف العكس ، والعمدة ماعرفت من الاقتصار على المتيقن وخبر عبدالله بن سنان (٥) السابق مع قصور سنده وعدم الجابر له، بمكن

(١)(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب بيع الثمار الحديث ٧-٣

(٣)(٤)(٥) الوسائل الباب ٨- من ابواب بيع الثمار الحديث ٧ -٦-١٢

أن يكون نفي الباس فيه عن الاكل ، فكانه قال : لابأس بالاكل بعد المرور إتفاقا ».

لكن قد يقال : ان ظاهر النصوص الجواز بتحقق اسم المرور وإن كان مقصوداً. نعم إذا كان المقصود المجيء إلى البستان مثلا لم يصدق عليه اسم المرور بها ، وهذا لايقتضى اعتبار الاتفاق في المرور ، ضرورة أعمية مفاد النصوص من ذلك. فالتحقيق دوران الحكم مداره ، فيرجع هذا الشرط إلى تحقق مسماه لا أمر زايد؛ وقاعدة الاقتصار على المتيقن لاوقع لها مع فرض ظهور الأدلة الذي عليه المدار في جميع الاحكام كماهو واضح .

الثاني : عدم الافساد بلاخلاف أجده فيه بل ادعى بعضهم عليه الاجماع ، وهو الحجة بعد الاقتصار المزبور ، وانصراف ارادة الشرطية من النهي في المقام في النصوص السابقة عنه وعن الحمل ، ومنه يظهر وجه الشرط الثالث الذى أشار اليه المصنف بقوله ﴿ولا يجوز أن يأخذ معه شيئاً﴾ بل في الرياض بعد نسبة الحكم به إلى القطع به بين الطائفة ـ لعله إجماع ، لكن قال بعد ذلك : « ان إثبات شرطيته و سابقه من الاصل والنصوص مشكل ، لاندفاع الاول باطلاق الرخصة ، ولعدم نهوض الثاني إلا بالنهي عنهما ، وغايته الحرمة ، وهي أعم من الشرطية ؛ فاثباتها بذلك في كلام جماعة لاتخلو من مناقشة .نعم الظاهر التلازم بينهما في النهي عن الافساد، إذا فسر بما مر ؛ وهو عدم الاكل كثيراً بحيث يؤثر فيها أثراً بيناً ، و يصدق معه مسماه عرفا و يختلف ذلك بكثرة الثمرة والمارة و قلتهما جدا ، لا إن فسر بالمعنى الأخر وهو هدم الحائط أو كسر الغصن أونحو ذلك »

قلت : قد عرفت ظهور النهي المزبور في الشرطية هنا كغيره من المقامات سيما بعد الاعتضاد بظاهر كلام الاصحاب ، وإن كان في ظهور العبارة ونحوها بالشرطية نوع مناقشة ، ولكن مع الالتفات الى كلام الاصحاب ـ واستبعاد اقترانها بالاباحة علي معنى إرادة الحرمة الخارجية منها على حسب غيرها من المحرمات ـ تندفع المناقشة المزبورة .

وأما ماذكره من التلازم المزبور فلايخلو من مناقشة مع فرض تحقق الفساد بالاخير ، فانه لامانع حينئذ من القول باختصاصه بالحرمة دون الاول نعم لو قلنا بالأخير يتحقق الفساد في الجميع على وجه يكون تمام ماأكله مندرجاً في النهي إتجه ذلك ، ولكنه خلاف المضاف من قوله كل ولاتفسد . ثم إن الظاهر من هذا الشرط و سابقه كونه من الشرائط الكاشفة ، لو فرض تأخيرهما عن الاكل المباح ، وقلنا بالشرطية في هذا الحال ؛ لا طلاق الادلة ، ولكن الكشف بالنسبة إلى الضمان متجه ، أما بالنسبة إلى الا باحة فلايخلو من منع،ودعوى أن الشرط فيهما قصد الحمل و قصد الا فساد يدفعها ظهور الادلة في خلافها ؛ بل لا إشعار في شيء بالقصد . نعم قد يقال : بتصور الكشف فيها على بعد ؛ بل يمكن القطع بفساده بملاحظة الادلة فتأمل .

وكيف كان فظاهر الاستاد الاكبر ثبوت الحرمة بقصد الا فساد بلغ حده أولا قال : « ومع عدم القصد ينتفي الجواز عند خوفه،ولافرق بين حصول الفساد من واحد أو من جماعة،فلو أكلت المارة حتى قرب الفساد حرم على الأخير ، وإذا علم ترتب الفساد على المجموع ، اقترعوا على التناول ، فيجوز لكل من طلعت له القرعة (ثم قال) : والمنع مع الفساد في الجملة مما يقضي به الأصل والعقل والكتاب والسنة والاجماع محصله ومنقوله، وبعض أخبار الباب .

والظاهر أنه لافرق بين الفساد في الشجر والثمر ، وفي الجدران والسواقي و المساقي ، وبمثل ذلك يظهر قوة التحريم ، لان المار لايعلم قدر الثمرة ابتداء حتى يعرف الفساد ، فربما أكل من صاع هو بقية الف صاع من حيث لا يعلم . و الظاهر ثبوت الضمان عليه مع العمد في الافساد بدونه ، و أجرة المثل لو مكث زائدا على مقدار مايحتاج إليه في التناول ، إلى أن قال : ، ولابد أن يقتصر في الاكل على أكله المعتاد على وفق المعتاد ، فان زاد ضمن الجميع،وله الخيار في اختيار أقسام الثمرة ، ولو عين المالك شيئاً تعين » وفيه مواضع للنظر ، كما أن ما فيه أيضاً من أن الظاهر إعتبار كون الثمرة على الشجر ، إقتصارا على المتيقن ، و كون المار مسلما حيث

يكون المالك كذلك، إذ لا سبيل عليه لغيره ، واعتبار الايمان من المؤمن لا يخلو من وجه، واشتراط أن لا يكون له ثمر متصل بثمر الغير ، وأن لا يكون حاملا من جنسه لا يخلو من قوة ، واشتراط عدم علم الكراهة أو ظنها ، وعدم السور والباب ينافيه ما في بعض روايات الباب ، ولا محيص عن القول به كذلك » فيه مواضع للنظر أيضاً .

نعم ما فيه « من أنه لا يجوز أن يهب ماراً ولا غيره أو يجعله نائبا وما أكلته المارة حين تعلق الزكاة أو الخمس جار على الجميع ، فلا شيء للفقراء على المالك ،وليس حق المارة مما يجوز نقله ، ولو استناب أحداً في التناول له جاز على إشكال » جيد بل الاشكال في الاخير ضعيف ، ثم إن ظاهر خبر ابن سنان السابق (١) اعتبار البلوغ في الثمرة فلا تباح حينئذ للمارة قبل بلوغها ، كما هو مقتضى الاقتصار على المتيقن نعم لا يبعد أن يكون المراد من ذلك الوصول إلى حد إعتياد التناول ، و ربما ظهر من بعض مشائخنا تعميم الحكم للثمرة وإن لم تبلغ حد اعتياد الاكل ، و هو وإن كان قد يشهد له إطلاق كثير من النصوص ؛ لكن ما ذكرنا أقوى وأحوط؛ ولا فرق بين الثمرة المعتادة وغيرها من سائر الشجر والله أعلم .

---

(١) الوسائل الباب ٨ ـ من ابواب بيع الثمار الحديث ١٢

(الفصل التاسع)

﴿في﴾ البحث عن ﴿بيع﴾ الاناسى من ﴿الحيوان و﴾ تمام القول فيه يتوقف على ﴿النظر فيمن يصح تملكه وأحكام الابتياع ولواحقه﴾.

﴿أما الاول﴾ فلا خلاف في أن ﴿الكفر الاصلى﴾ بأحد أسبابه ﴿سبب لجواز استرقاق﴾ الكافر ﴿المحارب﴾ الخارج عن طاعة الله ورسوله، ولم يكن معتصما بذمة أوعهد أونحوهما ﴿و﴾ يلحقه في هذا الحكم ﴿ذراريه﴾ وإن لم يتصفوا بوصفه ﴿و يسري الرق في أعقابه وإن زال﴾ وصف ﴿الكفر﴾ عنه، لانهم نماء الملك الذى قد فرض حصوله بحصول سبب التملك حال الاسترقاق، ﴿ما لم يعرض الاسباب المحررة﴾ فيتبعه حينئذ أعقابه بعد الحرية فيها، لخروجه عن الملك المقتضي لملكية النماء حينئذ، وخرج بالاصلى المنتحل للاسلام المتحصن به عن الاسترقاق إجماعا، والمرتد الذي خرج كفره المتجدد بتخلل الاسلام أو ما في حكمه عن كونه أصليا؛ لاصالة الحرية السالمة عن المعارض بعد اختصاص الفتاوى والنصوص ولو بحكم التبادر في غيره، بلا خلاف أجده في ذلك هذا.

و في الحدائق «المرتد وإن كان بحكم الكافر في جملة من الأحكام إلا أنه لا يجوز سبيه، وفي جواز بيع المرتد الملى قول قواه في الدروس وأما الفطري، فلا، قولا واحداً فيما أعلم» قلت: الموجود في الدروس هنا «ويصح بيع المرتد عن ملة

لاعن فطرة على الاقوى» والظاهر كون المراد بيع المالك للعبد المرتد عن ملة لاعن فطرة ، وغير الأقوى جواز بيعهما معاً . قال في التذكرة : « المرتد إن كان عن فطرة ففي صحة بيعه نظر ، ينشأ من تضاد الحكمين ، ومن بقاء الملك ، فإن كسبه لمولاه ؛ وأما عن غير الفطرة فالوجه صحة بيعه ، لعدم تحتم قتله لاحتمال رجوعه إلى الإسلام.»

وعلى كل حال فهذا غير مانحن فيه ، ثم إن مقتضى إطلاق المتن وغيره ما هو صريح الفاضل وغيره من عدم الفرق في سبب الملك بين الكافر و المسلم ؛ بل في شرح الاستاد أن الاجماع بقسميه عليه ، وقال رفاعة في الصحيح (١) « لابي الحسن عليه السلام : إن القوم يغزون على الصقالبة والروم (٢) فيسترقون أولادهم من الجواري والغلمان ، فيعمدون إلى الغلمان فيخصونهم ثم يبعثون بهم إلى بغداد إلى التجار فما ترى في شرائهم ونحن نعلم أنهم قد سرقوا وإنما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم فقال لابأس بشرائهم ، إنما أخرجوا من الشرك الى دار الاسلام ».

وفي خبر ابراهيم بن عبدالحميد (٣) عن أبي الحسن عليه السلام أيضا « في شراء الروميات فقال : اشترهن و بعهن » » وسأل عبدالله اللحام (٤) أبا عبدالله عليه السلام « عن رجل يشترى من أهل الشرك ابنته فيتخذها قال : لابأس » وسأله ايضاً «عن الرجل يشتري إمرأة رجل من أهل الشرك يتخذها قال : فقال : لابأس» بل ظاهر خبر اللحام الاول ملكه من ينعتق عليه ، وقد استشكل فيه الفاضل من دوام القهر المبطل للعتق لو فرض ، ودوام القرابة الرافعة للملك بالقهر ؛ قال : « و التحقيق صرف الشراء إلى

---

(١) الوسائل الباب-٢- من ابواب بيع الحيوان الحديث -١

(٢) هكذا كان في النسخ المصححة ، وفى الكافي « ان الروم يغيرون على الصقالبة» الى آخر الحديث

(٣) الوسائل الباب ٢ من ابواب بيع الحيوان الحديث-٢

(٤) الوسائل الباب- ٣-من ابواب بيع الحيوان الحديث-٢-

الاستنقاذ ، وثبوت الملك للمشترى بالتسلط » قلت : المتجه على هذا عدم لحوق أحكام البيع من الخيار والارش ونحوهما ، لكن مع ذلك توقف فيه الفاضل ، و هو في غير محله قطعا.

نعم قد يقال ببقاء الملك لانه إن قلنا بتوقف العتق علـى تقدمه زمانـا ، فمن الواضح حينئذ عدم وقوعه مع المقارنة ؛ لان كل حين من أحيان العتق يقارنه سبب الملك ؛ فلم يزل مملوكا عتيقا ، وإن قلنا بتوقفه على التقدم الذاتي فكذلك أيضاً ، إذ السببان كفرسي رهان وقاعدة سلطان الملك « وتسلط الناس على أموالهـم » أصل لا يخرج عنه في محل الشك ، أو يقال إن عدم جواز التمليك عندنا ، مع الجواز عندهـم غير قادح في جواز الاخذ منهم ، الزاما لهم بمذهبهم ، ولو قلنا بعدم الجواز فالظاهر جواز أخذ الثمن منهم ، لو وقـع البيع بينهم ، و إن كان الدافع ذميـا أو معـاهداً هـذا .

و لكن الانصاف عدم خلو أصل المسألة من إشكال إن لم يكن إجماع علـى كون الاستيلاء من بعضهم على بعض مملكا ، كاستيلاء المسلم ، خصوصا بعد أصالة الحرية وعدم ملك الناس بعضهم لبعض ، والنصوص المزبورة محتملة لارادة التسلط العرفي من الشراء فيها خصوصاً في الرواية الاولى المقتضى خصي الغلمان فيهـا العتق ، لكونه تنكيلا ، بل من المحتمل إرادة المخالفين من ملوك أهل الجور من القوم فيها ، ومن الغريب الجزم من بعض الناس بالملكية في السبب بالتقرير الذى سمعته ، مع أنه يمكن منع كون السببين فيه على ما ذكر ؛ باعتبار تقدم القرابة المتحققة بانعقاد النطفة ، ولاريب في أنها قبل القهر والله اعلم .

﴿و يملك اللقيط من دار الحرب﴾ التى ليس فيها مسلم يمكن تولده منه بالاستيلاء عليه ، بلاخلاف أجده فيه ، إلحاقا له بأهل الدار الذين قـد عرفت كون حكمهم ذلك ، ولايملك إذا كان فيها مسلم يمكن تولده منه بلاخلاف أجده فيه ، بل عن بعضهم دعوى الاجماع عليه لاصالة الحرية ، لكن قد يناقش فيها بظهور الوجدان

في الدار في كونه منهم ؛ وهو كاف في قطع الأصل ؛ وإلا لم يترتب الملك على الالتقاط إلا نادرا ، لندرة عدم الاحتمال ؛ ولو جرى الحكم في الأسر أيضا والوحدة المدرك ؛ لقل ما يحكم بترتب الملك فيه أيضا ؛ ولوجب في الغالب الفحص والسؤال إذ قل ما ينتفي الاحتمال ، قلت : يمكن أن يكون المستند في ذلك إطلاق النصوص لا الأصل المزبور . كقول الصادق عليه السلام في خبر زرارة (١) « اللقيط لا يشترى ولا يباع » و في خبر المدايني (٢) « المنبوذ حر ، فإن احب أن يوالي غير الذى رباه و الا فان طلب منه الذى رباه النفقة ، وكان مؤسراً رد عليه ، وإن كان معسرا كان ما أنفق عليه صدقة »:

وفي خبر عبدالرحمن العزرمي (٣) عن أبيه عن الباقر عليه السلام «المنبوذ حرفا ذا كبر فإن شاء يوالي الذى التقطه ، وإلا فليرد عليه النفقة ، وليذهب فليوال من يشاء» وسأله محمد بن مسلم (٤) في الصحيح «عن اللقيطة فقال : حرة لا تباع ولا تشترى ولا توهب » اللهم إلا أن يدعى أن الاخبار لا يفهم منها إلا ما فى دار الاسلام ، كما يفهم من أخبار لقطة المال والحيوان ويدفع بمنع إختصاصها فى ذلك ؛ ولو بمعونة فهم الاصحاب .

نعم لاريب في خروج ما كان منه في دار الحرب علي الوجه السابق منها ، ترجيحا لما دل على جواز تملك مثله عليها إن قلنا بشمول إطلاقها لمثله ، كما أنه لاريب في إختصاص الحكم المزبور با لالتقاط ؛ لما عرفت من إطلاق النصوص الحرية ؛ أما الاخذ ونحوه مما لا يعد التقاطا فيترتب عليه أحكام الملك ، بظاهر الدار ؛ ولا يلتفت إلى الاحتمال المذكور ، بل قد يمنع الحاق المعتصم بالمسلم فى الالتفات إلى الاحتمال المذبور ، لعدم إنجبار الاطلاق بالفتوى ، بل ظاهر الفتوى القطع بوجود المسلم الممكن التولد منه، فلا يجزى الظن بوجوده ؛ فضلا عن الاحتمال لأصالة عدمه

---

(١)(٢)-(٣)-(٤) الوسائل الباب-٢٢-من ابواب اللقطة الحديث ١ -٢-٣- ٥

السالمة هنا عن المعارض ، بخلاف أصالة عدم التولد منه .

﴿و﴾ على كل حال فقد ظهر أنه ﴿لا يملك﴾ اللقيط ﴿ من دار الاسلام ﴾ بلاخلاف ، فتوى ونصاً ، إلا إذا علم إنتفاؤه عن المسلم ومن في حكمه بالنسبة إلى ذلك ﴿فلو بلغ وأقر﴾ جامعاً لشرائط صحة الاقرار بالرق ، أو ببعض علله أو نحو ذلك مما يقتضيه ﴿قيل﴾ و القائل ابن ادريس ناسباً له إلى محصلى الاصحاب ﴿لا يقبل﴾ لان الشارع حكم عليه بالحرية ، ﴿و قيل﴾ والقائل غيره ، بل قيل إنه إجماع ﴿يقبل وهو أشبه﴾ بعموم جواز إقرار العقلاء على أنفسهم ، وبما سمعه ابن سنان (١) عن الصادق عليه السلام « إن عليا عليه السلام كان يقول الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالعبودية وهو مدرك ؛ من عبد أو أمة ، ومن شهد عليه بالرق صغيراً كان أو كبيراً » وسأله الفضل (٢) «عن رجل أقر أنه عبد قال: يؤخذ بما أقر به » ولا ينافيه الحكم الشرعي ظاهراً بالحرية كما في غيره مما يعترف الخصم به .

ودعوى ظهور نصوص اللقيط في التحرير شرعاً لا الحكم بها ؛ ظاهر ينفيها إتفاق الاصحاب على خلافها ظاهراً ، بل يمكن دعوى انسياق ذلك منها ؛ مع قطع النظر عنها، خصوصاً بعد معلومية خروج المعلوم انتسابه إلى أهل الحرب منها، ثم إنه قد يظهر من إطلاق المتن وغيره في باب اللقطة عدم اعتبار الرشد في صحة الاقرار المزبور لانه ليس اقرارا بالمال ؛ وإن ترتب عليه ، كما يسمع إقراره بما يوجب القصاص ؛ وإن أمكن رجوعه إلى المال بوجه وأشكل بما لو كان في يده مال ، فان إقراره على نفسه بالرقية يقتضى كون المال له ، إلا أن يقال بثبوته تبعاً لثبوت الرقية ، لا أنها إقرار بالمال ؛ وفيه بحث ، ومن هنا مال بعضهم إلى اشتراطه ، بل جزم به شيخنا في شرحه بذلك ، لما عرفت ، ولا نه نفسه مال ، فلا يقبل إقراره ، وفيه أنه لا دليل معتبر صالح لتقييد أدلة جواز الاقرار التي يجب الاقتصار في الخروج عنها على المتيقن الذي هو غير مفروض البحث قطعاً ، كما هو واضح بأدنى تأمل ، و تفسير المدرك

---

(١)(٢) الوسائل الباب -٢٩- من ابواب العتق الحديث ١-٢

بالرشيد في الخبر المزبور لا شاهد له بل ظاهره إرادة كونه بالغا عاقلا، هذا و تسمع تمام البحث في أطراف المقام إنشاءالله تعالى .

﴿و يصح أن يملك الرجل كل أحد﴾ لعموم الادلة أو إطلاقها ﴿عدا أحد عشر﴾ فلا يستقر ملك الرجل عليهم ، بل ينعتقون عليه قهراً ﴿وهم الآباء والامهات والاجداد والجدات﴾ لهما اولاحدهما ﴿وإن علوا والأولاد وأولادهم ذكوراً وأناثاً وخناثا ﴿و إن سفلوا والاخوات والعمات والخالات﴾ وإن علتا ، لاعمة العمة ولا خالة الخالة ولاعمة الخالة ولا خالة العمة إذالم تكن عمة و خالة ﴿و بنات الاخ وبنات الاخت﴾ بلاخلاف أجده فيه نصاً وفتوى ، إذاقتصار البعض على ذكر البعض ليس خلافاً في المقام قطعاً كما لا يخفى على من لا حظ بل الاجماع بقسميه على ذلك .

نعم قيل بل نسبه بعضهم إلى ظاهر الاكثر أن المراد من نحوما في المتن عدم استقرار الملك ؛ فيدخل في الملك آناًما بعد الشراء مثلا ؛ ثم ينعتق ولعله للجمع بين قاعدة « لاعتق إلا في ملك » و قاعدة « ترتب الملك على أسبابه » و بين ما دل على الانعتاق هنا قهراً ، مضافاً إلى ظهور بعض نصوص المقام في حصول الملك بالشراء ثم العتق ، كقوله « إذا ملك الرجل والديه أواخته أوعمته عتقوا » وقوله « إذا ملكهن عتقهن » ونحو ذلك ، فالجمع بين ذلك وبين التبعض الآخر الدال على عدم الملك بارادة المستقر من الثاني وغيره من الاول هذا .

وقد يقال أن ظاهر جملة من النصوص ترتب العتق على نفس الشراء مثلا، فيمكن أن يكون تقدم الملك علي العتق تقدما ذاتيا لازمانيا ، ومثله كاف في مثل «لاعتق إلا في ملك » ضرورة أنه على تقدير إرادة الزمان يستلزم تخلف المعلول عن العلة ،وهو ممتنع عقلا من غير فرق بين قصر الزمان وطوله ، فالشراء مثلا سبب لحصول الملك والعتق معاً ، إلا أنه لما كان الاول سبباً في الثاني كان متقدما عليه في الذات لا الزمان كتقدم الشراء على الملك وغيره من العلل والمعلولات، وحينئذ فيمكن الجمع بين-

النصوص بذلك ، بل هو أقرب من الاول إلي الضوابط ، فتأمل جيداً ، والله اعلم هذا. وستسمع الحكم في الصبي والصبية و الخنثى المشكل .

﴿و﴾ على كل حال ف ﴿هل يملك﴾ الرجل ﴿هؤلاء من الرضاع قيل:﴾ و القائل القديمان والمفيد والديلمي و ابن إدريس ، بل نسبه الاخير إلى المحصلين من الاصحاب ﴿نعم؛ وقيل﴾ والقائل الشيخ وابنا البراج وحمزة وغيرهم ﴿لا ؛ وهو الاشهر﴾ بل المشهور بين المتأخرين ، بل عن بعضهم دعوى الاجماع عليه ؛ لقول الصادق عليه السلام في صحيح أبي بصير وأبي العباس وعبيد (١) الذي رواه الصدوق بأسانيد متعددة ، « ولا يملك (أي الرجل) أمه من الرضاع ولا إبنته ولا عمته و لا خالته ، فانهن إذا ملكن عتقن ، و قال : مايحرم من النسب فإنه يحرم من الرضاع مثل ذلك ، و قال : يملك الذكور ماخلا والداً وولدا ، ولا يملك من النساء ذات رحم محرم ، قلت : يجرى في الرضاع مثل ذلك ؟ قال : نعم يجرى في الرضاع مثل ذلك» ونحوه خبر أبي بصير الاخر (٢) وزاد يحرم من الرضاع مايحرم من النسب ».

و صحيح الحلبي و ابن سنان (٣) في امرأة أرضعت ابن جاريتها ؟ فقال : « تعتقه » وعن المقنع أنه رواه مرسلا ، وفي صحيح عبيد (٤) « ولا يملك أمه من الرضاعة و سأله ابن سنان (٥) أيضاً عن إمراة ترضع غلاماً لها من مملوكة حتي تفطمه ؛ يحل لها بيعه ؟ قال : لا ، حرم عليها ثمنه ، ثم قال: أليس قد قال رسول الله صلى الله عليه وآله يحرم من الرضاع مايحرم من النسب ، قد صار إبنها ، فذهبت أكتبه فقال أبو عبدالله عليه السلام : ليس مثل هذا يكتب » ونحوه صحيحه الآخر (٦) إلا أن فيه أنه سئل و أنا حاضر ،

---

(١) الوسائل الباب -٤- من ابواب بيع الحيوان الحديث ١

(٢)(٣) الوسائل الباب ٤- من ابواب بيع الحيوان الحديث - ٢-٣

(٤) الوسائل الباب ٧ من ابواب العتق الحديث ٧

(٥) الوسائل الباب ٨ من ابواب العتق الحديث ٣

(٦) الوسائل الباب - ١٧ - من ابواب ما يحرم بالرضاع الحديث - ١ -

وعن المقنع (١) أنه «روي في مملوكة أرضعتها مولاتها بلبنها أنه لايحل بيعها»، وخبر علي بن جعفر المروي عن كتابه (٢) «سأل أخاه عن امرأة أرضعت مملوكها ماحاله ؟ قال : إذا أرضعته عتق».

و صحيح عبدالرحمان (٣) عن الصادق عليه السلام أيضاً قال «سألته عن المرأة ترضع عبدها ، أتتخذه عبداً . قال : تعتقه وهي كارهة » قيل و رواه الشيخ بسند آخر مثله ، إلا أن فيه « ويعتقونه وهم له كارهون» والظاهر إرادة الانعتاق قهراً ، ومنه يعلم المراد من صحيح الحلبي وابن سنان السابق ، كما أن الظاهر عدم إرادة الاقتصار على الام من صحيح عبيد ؛ للاجماع المركب على خلافه ، ولظهور النصوص في أن العلة علقة الرضاع ، فهذه النصوص مع صحة السند وكثرة العدد وشهرة العمل و المخالفة للعامة لامحيص عن العمل و قطع الاصول بها ، بل ربما ظهر من بعضهم تأييدها بدعوى اندراج ذي العلقة الرضاعية في اسم الأسماء فتزداد حينئذ النصوص الدالة على المطلوب .

لكن لايخفى مافيه إلا أن في غنية عنه بما عرفت ممالا يصلح لمعارضته خبر ابن سنان (٤) عن الصادق عليه السلام « إذا اشترى الرجل أباه أو أخاه فملكه فهو حر إلا ماكان من قبل الرضاع » وصحيح الحلبي (٥) عنه أيضاً ، في بيع الام من الرضاع ؟ «قال : لابأس بذلك إذا احتاج » .

وخبر ابي عيينة (٦) « قلت لابي عبدالله عليه السلام : غلام بيني وبينه رضاع ، يحل لي بيعه ، قال إنما هو مملوك ، إن شئت بعته ، وإن شئت أمسكته ، ولكن إذا ملك الرجل أبويه فهما حران » مع أن الاخير منهما ظاهر في الاخ ، وقد عرفت صحة ملكه

(١و٢) الوسائل الباب ١٧ من ابواب مايحرم بالرضاع الحديث ـ٢ ـ٣
(٣) الوسائل الباب ـ٨ـ من ابواب العتق الحديث ٢
(٤) (٥) التهذيب ج ٨ ص ٢٤٥ الحديث ١١٨-١١٩ الطبع الحديث
(٦) الوسائل الباب ٤ من ابواب بيع الحيوان الحديث ٢

في النسب فضلا عن الرضاع ، بل الاستدراك فيه ظاهر في إرداة الابوين من الرضاع فهو شاهد على المطلوب حينئذ .

ويمكن إرادة بيع الام من الرضاع لابى الغلام من الثانى الذى قيد البيع فيه بالاحتياج ؛ والمعروف بين المخالف عدمه ؛ أويحمل الرضاع فيه على غير المحرم أونحو ذلك كالاول المشتمل على ما يخالف الاجماع و باقي النصوص من عدم حرية الاخ ، بل ربما احتمل كون (أو) فيه بمعنى الواو ، إلا أنه لايخفى عليك بعده ، لكن لابأس به جمعاً بعد ظهور المرجوحية في السند والعدد والعمل ، وإن كان الاولى الحمل على التقية فيما عليه اتفاق العامة كما قيل ، وربما كان فى صحيح ابن سنان (١) السابق إشارة إليه إن لم يحمل الانكار فيه على ارادة الظهور والوضوح والله اعلم

وكيف كان فلا خلاف فى ملك الرجل غير من عرفت من الذكور ، وقد سمعت قول الصادق عليه السلام في الصحيح الاول (٢) وفيه أيضاً «ويملك إبن أخيه وعمه وخاله» كقوله في صحيح عبيد (٣) بعد ذكر العمودين والاناث المحارم ، « ويملك ماسوى ذلك من الرجال من ذوي قرابته» وقول أبي جعفر عليه السلام في خبر محمد بن مسلم «ويملك أخاه وغيره من ذوي قرابته من الرجال» وسأل عبد الرحمن (٤) أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتخذ أباه وأمه وأخاه وأخته عبيداً ؟ فقال : أما الاخت فقد عتقت حين يملكها وأما الاخ فيسترقه ؛ و أما الابوان فقد عتقا حين يملكهما ، و قال أيضاً في خبر كليب الاسدي (٥) : «إذا ملك الابوين ، فقد عتقا ، وقد يملك إخوته فيكونون مماليك ولا يعتقون» .

لكن في خبر عبيد (٦) لايملك الرجل أخاه من النسب و يملك ابن اخيه » وفي موثق سماعة (٧) « عن الصادق عليه السلام في رجل يملك ذارحمه ؛ هل يصلح له أن

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب العتق الحديث ٣

(٢) (٣) الوسائل الباب ٧ من ابواب العتق الحديث ١-٣

(٤)(٥)(٦) الوسائل الباب ٧ من ابواب العتق الحديث ٥-٨-٦

(٧) الوسائل الباب ٣ من ابواب بيع الحيوان الحديث ٦ - الجواهر - ٩

يبيعه أو يستعبده قال : لايصلح بيعه ولا يتخذه عبداً ، وهو مولاه وأخوه في الدين ، و أيهماما ت ورث صاحبه إلا ان يكـون لهوارث أقرب منه » وسأله أيضا فـي موثقه الآخر (١) عن ذلك « فقال : لا يصلح له أن يبيعه وهو مولاه وأخوه في الدين ، فاذا مات ورثه دون ولده ؛ وليس له أن يبيعه ولا يستعبده » وحملها على الكراهة متجه، ولذا قال : المصنف :

﴿ ويكره أن يملك ماعدا هؤلاء من ذوي قرابته ، كالأخ والعم و الخـال واولادهم ﴾ وإن كان في استفادة تمام ذلـك من النصوص السابقة إشكال ، إذ حاصله كراهة مايملكه مختارا ، و كراهة الابقاء على الملك في القهري ؛ لكن أمر الكراهة سهل ، ويكفي فيها الفتوى مع قوله « لايملك الرجل أخاه » وعدم القول بالفصل والظاهر حمل الفرق فيه بين الاخ وولده على الشدة و الضعف ، كل ذلك مع المنافاة لصلة الارحام و الاخلال بالاحترام فلاينبغي البيع ولا غيره من النواقل و لا الاستعباد ؛ بل قيل أنه لاينبغي ذلك في المحترم شرعا لفضيلة علم أوصلاح أوشيخوخة أو علقة بنسب شريف كالهاشمي على اختلاف مراتبها ، وكذا من كان له حق لصداقة أو إحسان أوتأديب أوتعليم ونحو ذلك .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿ تملك المرأة كل أحد عدا الاباء و إن علوا و الاولاد وإن نزلوا نسبا ﴾ بلاخلاف أجده فيه نصاً وفتوى في المستثنى ، وقد سأل أبوحمزة الثمالي (٢) الصادق عليه السلام « عن المرأة ماتملك من قرابتها ، قال : كل أحد إلا خمسة، أباها وأمها وابنها وابنتها و زوجها » وأما المستثنى منه ، فللاصل والعمومات السالمة عن المعارض ، لكن في المقنعة لا يصح استرقاق المرأة أبويها ولا أولادهـا ، ولا أخاها ولا عمها ولا خالها من جهة النسب وتملكهم من جهة الرضاع ، ولتمام البحث معه محل آخر .

---

١ ـ الوسائل الباب ١٣ من ابواب العتق الحديث ١
٢ ـ الوسائل الباب ٩ من ابواب العتق الحديث ١

﴿و في العمودين والاولاد لها من الرضاع تردد﴾ يظهر وجهه مماعرفت ﴿و المنع﴾ أشبه و﴿أشهر﴾ لما تقدم من أنه يحرم منه مايحرم بالنسب ، وقرابة الشبهة في المرأة والرجل بحكم الصحيح ، بخلاف قرابة الزنا على إشكال، أقواه عند الشهيدين ذلك ، لان الحكم الشرعي يتبع الشرع لا اللغة ؛ وفيه مـا لا يخفى ، بعد عدم ثبوت الحقيقة الشرعية فيه ، وعدم قرينة على المراد الشرعى ، اللهم إلا أن يقال : باستفادة عدم النسب شرعاً بالزنا من غير المقام ، كقول أميرالمؤمنين عليه السلام فى خطبة (١) في النهج التي تعرض فيها لانتفاء زياد عن أبى سفيان، بل لعل قول النبى صلى الله عليه وآله (٢) «الولد للفراش وللعاهر الحجر» دال عليه ، بناء على كون المراد من الاول أنه لاولد شرعاً إلا للفراش ، لأنه خاص في التعارض بينه وبين الزنا ؛ بل قد يستفاد ذلك من مقامات كثيرة ، بل كانه من المعلوم فى مقات متفرقة ، و حينئـذ فثبوت أحكام النسب فيـه كحرمة نكاح البنت منه مثلا ، للدليل الخاص ولـو الاجمـاع إن لـم تكـن الضرورة هذا .

وفي الروضة قد يفهم من إطلاق المصنف كغيره الرجل و المرأة ، أن الصبي والصبية لايعتق عليهم ذلك لوملكوه إلى أن يبلغوا . والاخبار مطلقة في الرجل والمرأة كذلك ، ويعضده اصالة البراءة ، وفيه أن ظاهر النصوص والفتاوى كون ذلـك من خطاب الوضع الذى لايخص المكلف ، وقد سمعت مافـى صحيح أبـى بصير (٣) السابق من ظهور كون السبب الملك خصوصاً بعد ملاحظة التعليل في بعض النسخ بل فى نصوص أم الولد (٤) وانعتاقها من نصيب ولدها ، إيماء إلى ذلك أيضاً ؛ فلاريب في أن الاقوى عدم الفرق ، بل في شرح الاستاد الاجماع على ذلك ، أما الخنثـى

(١) النهج الجزء الثالث طبعة مصر ص ٧٦ الكتب ٤٢ من كتاب له عليه السلام الى زياد
(٢) الوسائل الباب -٨- من ابواب ميراث ولد الملاعنة وما اشبهه الحديث -١
(٣) الوسائل الباب -٤- من ابواب الحيوان الحديث ١
(٤) الوسائل الباب -٦- من ابواب الاستيلاد

المشكل ففى إلحاقها إذا كانت مالكة بالرجل أو المرأة نظر، من الشك في الذكورية التي هي سبب عتق غير العمودين و الاولاد ، فيوجب الشك في عتقهم ، والتمسك بأصالة بقاء الملك ، ومن امكانها ؛ فينعتقون لبنائه على التغليب، وكذا الاشكال لو كان مملوكا ، ولعل الأقوى إلحاقها بالانثى في الاول ، والذكر في الثاني ، تمسكا بالاصل فيهما ، وتوقف في الدروس في الثاني منهما ، واستقرب في الاول ماذكرنا ثم لافرق في جميع ماذكرنا بين الملك القهرى و الاختيارى ولا بين الكل والبعض ؛ فيقوم عليه باقيه ان كان مختارا . والله أعلم .

﴿و إذا ملك أحد الزوجين صاحبه﴾ بشراء أو اتهاب أو نحوهما﴿ استقر الملك﴾ كما هو مقتضى العمومات ﴿و لم تستقر الزوجية﴾ المنافية للملك فلا تجتمع معه بل تبطل اجماعا بقسميه ، لظهور التفصيل في قطع الشركة بين الأسباب المسوغة للوطىء، بل قيل إنه اجماع فضلا عن ظهور الكتاب و السنة ؛ ولعله لاختلاف اللوازم والتوابع لكل من الاسباب، لكن قضية الاستصحاب بطلان اللاحق وبقاء السابق ، و هو كذلك فيما عدا لحقوق النكاح للتحليل فان الظاهر بطلانه به ، لقوته عليه نحو ما نحن فيه من بطلان النكاح بالملك لمثل ذلك ؛ ولا يترجح بقاء الزوجية على ما يقتضى الملك من العمومات وغيرها .

قال أبو جعفر عليه السلام في صحيح محمد بن قيس (١)«قضى أمير المؤمنين عليه السلام في سرية رجل ولدت لسيد ها ثم اعتزل عنها فأنكحها عبده ثم توفي سيد ها وأعتقها فورث ولدها زوجها من أبيه ، ثم توفي ولدها فورثت زوجها من ولدها فجاءا مختلفين ، يقول الرجل لا أطلقها ، وتقول المرأة عبدى لايجامعني ، فقالت المرأة: يا أمير المؤمنين إن سيدي شراني ، فأولدني ولدا ثم اعتزلني ، فأنكحني من عبده هذا ، فلما حضرت سيدى الوفاة فأعتقني عند موته ، وأما زوجي هذا فانه صار مملوكا

(١) الوسائل الباب - ٤٩ - من ابواب نكاح العبيد و الاماء الحديث - ٣ -

لولدي الذي ولدته من سيدي ، وإن ولدي مات فورثته ، فهل يصلح له أن يطأني ؟ فقال لها : هل جامعك منذ صار عبدك وأنت طائعة ؟ قالت : لا ياامير المؤمنين ، قال : لو كنت فعلت لرجمتك إذهبي ، فانه عبدك ليس له عليك سبيل ، إن شئت أن تبيعه وإن شئت أن تعتقيه».

وسمع عبدالله سنان (١) أبا عبدالله في الصحيح « يقول في رجل زوج أم - ولد له مملوكا ثم مات الرجل فورثه ابنه ، فصار له نصيب من زوج أمه ، ثم مات الولد أترثه أمه فقال : نعم ، قال : فاذا اورثته كيف تصنع وهو زوجها ؟ قال: تفارقه وليس له عليها سبيل وهو عبد » وقال أيضا في موثق إسحاق بن عمار (٢) « في امرأة لها زوج مملوك فمات مولاه فورثته ؟ قال : ليس بينهما نكاح».

و سأله أيضاً سعيد بن يسار (٣) « عن امرأة تكون تحت المملوك فتشتريه ، هل يبطل نكاحه ؟ قال : نعم لانه عبد مملوك لا يقدر على شيء » وهذه النصوص و .. ان كانت خاصة في احدى الصورتين إلا أني لم أجد قائلا با لفصل بينهما .

مضافا إلي ما عرفت و علل مع ذلك : بأن بقاء الزوجية يستلزم اجتماع علتين على معلول واحد شخصي ، وفيه أن علل الشرع معرفات ، و بأن اختلاف الاسباب يقتضي اختلاف المسببات ، و فيه بعد تسليم عدم الاختلاف هنا ، منع اعتبار ذلك فيها بعد كونها معرفات ، ولو فرض أن لكل منها لازما يناقض الآخر ، فاقصاه التعارض بين اللوازم بعد الاتفاق على الحل ، فيرجع فيه إلى الترجيح إن كان ؛ وإلا فالتخيير ، أوغير ذلك مما يقتضيه الضوابط .

هذا بعد فرض ذلك ، وإلا فالمقام لاتناقض بين أحكامه غالبا ، فان عدم القسم للمملوكة مثلا من حيث الملك ، لا من حيث الزوجية وهكذا ؛ فالاولى الاستدلال بما عرفت ، والظاهر عدم الفرق في الحكم المزبور بين ملك الكل و البعض ،

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب ٤٩ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١-٣-٢

إذ البضع لا يتبعض ، وقد عرفت انقطاع الشركة بالتفصيل ؛ كما أنك سمعت مايستفاد منه حكم ملك البعض من النصوص ، بل قيل إنه اجماع.

و كذا لافرق بين الدائم و المنقطع و التحليل ، لاتحاد المدرك ، ولو ملك فزال الملك لفسخ بخيار ونحوه ، لم يعد النكاح ، و الحكم في المعاطات و زمن الخيار وقبل القبض يتبع الملك وعدمه ، ولا فسخ في الفضولي قبل الاجازة على القول بالنقل ، ولا يمنع عن الوطيء ، وعلى الكشف ففي شرح الاستاد يمنع عنه إن كانت الزوجة هي المشترية ويتوقف العلم بحصول الفسخ من حين العقد عليها.

وفيه أن أصالة عدم حصول الاجازة تكفي في ذلك ، اللهم إلا أن يفرق بين الوطيء وغيره ، والموقوف عليه خاصاً مالك دون العام ، فلا ينفسخ به النكاح على الاقوى ، كما صرح به شيخنا في شرحه ، قال: وكذا الحال في المشترى من مال الزكاة و نحوها مما يملكه الفقراء أو ممايدخل في ملك المسلمين ؛ مع دخول الاخر في المالكين وهو جيد ؛ ولو اريد العقد على الجارية المفروض كونها من ذلك ابتداء تولاه الحاكم القائم مقام المسلمين ، فتأمل جيدا .والله اعلم.

﴿ولو أسلم﴾ العبد ﴿الكافر﴾ وهو ﴿في ملك مثله﴾ في الكفر ﴿ أجبر ﴾ المولى ﴿على بيعه من مسلم و لمولاه ثمنه﴾ كما تقدم سابقا لعدم السبيل ، و قال الصادق عليه السلام في المرفوع إلى حماد بن عيسى (١) « أن أمير المؤمنين عليه السلام أتي بعبد لذمي قد أسلم ، فقال : إذهبوا فبيعوه من المسلمين ، وادفعوا ثمنه إلى صاحبه ؛ ولا تقروه عنده » وهو ظاهر في بيع غيره له ، وإن لم يتعذر جبره على البيع ولابأس به ولتحقيق البحث في ذلك كله وفروعه مقام آخر ، ومنها أن بحكم إسلامه اسلام أحد أبويه صغيراً أو أحد أجداده بناء على ثبوت حكم الاسلام له ، فينتفي سبيل الكافر عليه ،والله أعلم.

﴿و يحكم برق من أقر على نفسه بالعبودية إذا كان مكلفا ﴾ ﴿رشيداً﴾ ﴿غير مشهور بالحرية ﴾ ولا معلوم الانتساب ولو شرعاً إلى مايستلزمها ، بلا خلاف أجده ،لعموم

(١) الوسائل-الباب-٧٣- من ابواب العتق الحديث -١

«إقرار العقلاء» (١) و لصحيح عبدالله بن سلام (٢) قال : « سمعت أباعبدالله يقول : كان علي بن ابيطالب ﷺ يقول : الناس كلهم أحرار إلامن أقر على نفسه بالعبودية وهو مدرك من عبد أوأمة »و في خبر زكريابن آدم (٣) « إني سألت الرضا ﷺ عن سبي الديلم ؟ ويسرق بعضهم من بعض، ويغير المسلمين عليهم بلا إمام ، أيحل شراؤهم؟ قال : إذا أقر بالعبودية فلا بأس بشرائهم » إلى غير ذلك .

وخلاف ابن ادريس في اللقيط خاصة للنصوص السابقة ؛ و أصالة الحرية لا تعارض الاقرار الذى هو بمنزلة البينة بالنسبة إلى ذلك ، بل قد يظهر من المصنف و غيره عدم اعتبار الرشد في ذلك ، وفيه البحث السابق ، ودعوى توقف صحة الاقرار على الحرية حتى لا يكون اقرارا في حق الغير واضحة الفساد بالنسبة إلى الاقرار على النفس . نعم إنما يمضي الاقرار في حق المقر ، فاقرار المرأة تحت الزوج لايسمع في حقه ، و كذا إقرار من عقد عقداً لازماً أوعمل متبرعاً أوأباح شيئا فتلف إلى غير ذلك مما يمضي على تقدير الحرية ، الاإذاكان الغير مصدقا ولو استلزم رفع حد أو تخفيفه أو رفع وجوب نفقة أو نحوها فيماله ، لا فيما عليه إلا فى خصوص الحد وشبهه، للشبهة.

﴿ و ﴾ كيف كان ف﴿لا يلتفت إلى رجوعه ﴾ عن الاقرار السابق الذي لم يذكر له تأويلا محتملا وإن أقام بينة على ما رجع إليه من دعوى الحرية ، لانه كذبها باقراره السابق فلم يثبت حجيتها في هذا الحال ، أمالو ذكر تاويلا محتملا كان يقول كنت أرى أن رقية أحد الوالدين تقتضي برقية الولد ، أولم أعلم بانعتاق أحد أبوى حال الانعقاد ،أونحو ذلك ، أمكن قبول البينة، كماصرح به جماعة فى المقام وغيره ، لعموم دليل حجيتها ، و ارتفاع معارضة الاقرار لها بذكر الاحتمال المزبور الذى به

---

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب الاقرار الحديث -٢-

(٢) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب العتق الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ٢ -من ابواب بيع الحيوان الحديث-٢

ترجح قبولها عليه، كما أنه أرجح منها إذا لم يذكر ، ومجرد الاحتمال إن لم يذكر غير مجد على الظاهر مع احتماله ، كاحتمال عدم قبول البينة كما هو مقتضى إطلاق المصنف وغيره ، وان ذكر الاحتمال المزبور ، لانه مجرد دعوى لا يرتفع بها ظهور تكذيب البينة المسقط لها عن القبول ، والمسألة محتاجة إلى التأمل التام ، وربما يأتي لها مزيد تحقيق انشاء الله تعالى.

ولو كان اقراره لمعين فأنكره وجب عليه ايصال نفسه إليه ، بادخاله في ماله سرا و بنحو الهدية وغير ذلك ، لان الاقرار حجة .وافقه المقر له أولا ، على أصح القولين و الوجهين؛ عملا بعموم ما دل على صحة الشامل للصورتين ، ودعوى اعتبار الموافقة في مفهومه أو في حجيته واضحة المنع ، ولو علم الحاكم بالحال ، ففي شرح الاستاد «أخذه قهرا مع تجويز صدقهما وأجرى عليه حكم مجهول المالك ، كما كان الاقرار بمبهم ، وامتنع عن التصريح » ولعله لما عرفت من حجية الاقرار ؛ فهو به حينئذ صار مالا ، وقد امتنع عن المقر له شرعاً بانكاره ، فيبقى بلا مالك ظاهراً فيجرى عليه حكم مجهول المالك ، و مثله المال المقر به لشخص فأنكره ، و فيه مناقشة بعد علم المقر بالمالك وكان تكليفه الدس ونحوه ، اللهم إلا أن يدعى أن للحاكم إجرآء الحكم ظاهراً وإن كان للمقر امضاء ما هو مكلف فيه ، وقد ذكر المصنف في باب الاقرار في نحو ذلك أن للحاكم الانتزاع من يد المقر ،وله الابقاء فلاحظ وتأمل.

ولو رجع المقر له إلى التصديق قوى قبوله إن لم يسنده إلى مالك آخر، لعدم المعارض ، وانكاره السابق غير صالح لمعارضة ما دل على قبول دعوى المسلم التى لا معارض لها ، مع احتمال العدم ،لان إنكاره يؤل إلى إقرار في حقه فلا يسمع ؛ وفرق واضح بين المقام ؛ وبين إنكار كون المال الذي في يده مثلا لزيد ،ثم الاقرار به الذى لا إشكال في سماع الاقرار به حينئذ فتأمل.

ولو رجع المقر بعد إنكار المقر له إلى دعوى الحرية أمكن قبولها أيضا ، كما صرح به بعضهم لعدم المعارض ، والاقرار السابق إنما يفيد التزامه به بالنسبة إلى المقر له

و مثله لو أقر بالرقية لغير معين ثم ادعى الحرية ، مع احتمال طلب الحاكم اليمين منه ، بل قد يحتمل عدم قبوله مطلقا ، لانه قد صار مالا ينبغي للحاكم إيصاله إلى صاحبه ولو بالصدقة ، لكن ضعفه واضح.

و كذا البحث في المال المقر به لشخص معين فانكره ؛ ثم ادعاه المقر أو أقر به لشخص ما ، ثم ادعاه ، ولعل وجه قبول دعواه فيه أن إقراره إنما هو رفع حكم يده الظاهرة في الملك عنه، فيبقى هو حينئذ كغيره مما إذا ادعى حكم بكونه له ؛ لعدم المعارض، لأن الاقرار أخرجه عن صلاحية الدخول ولو بالدعوى المستأنفة ، وإن كان هو كما ترى ، مع عدم احتمال تجدد الملك ؛ وقد اشبعنا الكلام في المسألة في كتاب الاقرار فلا حظ .

ولو رجع المقر له إلي التصديق بعد رجوع المقر الى الدعوى الحرية أو إلى دعوى المملوكية لشخص آخر قد صدقه لم يؤثر رجوعه ، كما لم يؤثر رجوع المقر بعد رجوع المقر له إلى التصديق للاقرار المفروض استمراره إليه، ولو اقترن رجوع كل منهما ، أمكن اعتبار رجوع المقر دون المقر له فتأمل جيدا، ولو فرض تعدد الاقرار بالرقية لشخصين أمكن العمل بكل منهما لكن لا على وجه الفردية ؛ بل على معنى أنه إذا اتفق تحريره ممن هو له في الظاهر استرقه الآخر ؛ عملا باقراره كما أوضحنا نظير ذلك في كتاب الاقرار فلاحظ و تأمل.

وكيف كان يقبل إقراره بالرقية ﴿ولو كان المقر له كافرا﴾ لانه إخبار عن ملك لا تمليك مبتداء ، فيخبر حينئذ على بيعه لو كان مسلما كما هو واضح ﴿وكذا﴾ في الحكم بالرقية ﴿لو اشترى عبداً﴾ مثلا صغيرا أو ساكتا حين الشراء و التعريض للبيع ﴿فادعى الحرية﴾ بعد ذلك لأصالة صحة فعل المسلم ﴿لكن هذا يقبل دعواه مع البينة﴾ لعدم تكذيبه إياها بالسابق ، بل لا فيقبل دعواه بدونها إذا كان معرضا في الاسواق مشهورا في الرقية اولا صغيرا أو كبيرا مجنونا أو عاقلا ساكتا أو مقرا حملا للتعريض الذي هو فعل مسلم على الصحة ، فلا تقبل دعوى الحرية منه ولو كان قبل

الشراء ، وعليه يحمل خبر حمزة بن حمران (١) «قلت لابي عبدالله عليه السلام : أدخل السوق فأريد أن اشترى الجارية فتقول : اني حرة ؟ فقال : اشترها ، إلا أن يكون لها بينة» أوعلى الجارية المعلوم سبق مملوكيتها إلا انها تدعى حصول التحرير لها بعد ذلك .

وبالجملة متى كان للمسلم على آخر يد وتصرف ملك اخذ به حتى تقوم البينة على خلافه ، و إصالة الحرية لاتعارض يد المسلم وتصرفه ؛ لكن في التذكرة « العبد الذى يوجد في الاسواق يباع ويشترى يجوز شراؤه وإن ادعى الحرية لم يقبل منه ذلك الا بالبينة ، وكذا الجارية ، إلى أن قال ، أما لو وجد في يده وادعى رقيته ولم يشاهد شراؤه له ولا بيعه إياه ، فان صدقه حكم عليه بمقتضى اقراره ؛ وإن كذبه لم تقبل دعواه الرقية إلا بالبينة ، عملا بأصالة الحرية ، وإن سكت من غير تصديق ولا تكذيب ، فالوجه أن حكمه حكم التكذيب إذ قد يكون لامر غير الرضا ، و إن كان صغيراً إشكال؛ أقربه الحرية فيه» .

وهو كما ترى يقتضى عدم جواز شراء الاطفال من ذوى الايدى عليهم الذى من المعلوم ضرورة خلافه ، بل صرح غير واحد أنه لاتقبل دعوى الكبير الحرية مع شهرة الرقية إلا بالبينة ، وإن لم تجر عليه أحكام الرقية من قبل ولا حصل عليه يد ظاهرة في الملك ، بل في شرح الاستاد « سواء بلغت الشهرة حد الشياع و عدمه على أصح الوجهين » وإن كان لايخلو الاخير من البحث . نعم قد يقال : إن مدعى رقية الصغير لا تسقط دعوى الصغير الحرية بعد البلوغ ، بل الظاهر كون القول قوله ؛ حتى يقيم المدعي البينة وإن كان قد أثبت يده و تصرف فيه بتلك الدعوى على معنى أنه قد علم استنادهما إلى الدعوى المزبورة ، إلا أن الانصاف عدم خلو ذلك عن الاشكال أيضاً والله العالم .

وأما ﴿الثاني﴾ وهو النظر ﴿في أحكام الابتياع﴾

فقد تقدم في المباحث السابقة جملة منها ، كالبحث فيما ﴿إذا حدث في الحيوان

---

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب بيع الحيوان الحديث ـ ٢

عيب بعد العقد وقبل القبض﴾ وقد قلنا هناك أنه إذا ﴿كان﴾ ذلك ﴿فالمشترى بالخيار بين رده و إمساكه ، وفي الارش تردد﴾ عند المصنف تقدم وجهه ، و الترجيح فيه ﴿و﴾ كذا تقدم البحث فيما ﴿لو قبضه ثم تلف أو أحدث فيه حدث في الثلاثة﴾ وقد قلنا هناك أنه إذا ﴿كان﴾ ذلك فهو ﴿من مال البايع مالم يحدث فيه المشترى حدثا و﴾ كذا تقدم البحث فيما ﴿لو حدث فيه عيب من غير جهة المشترى﴾ وأنه ﴿لم يكن ذلك العيب مانعاً من الرد بأصل الخيار ، وهل يلزم البايع أرشه ؟ فيه تردد﴾ عند المصنف ، كالتردد فيما تقدم ﴿و﴾ لكن قال هنا : ﴿الظاهر لا و﴾ أما ﴿لو حدث العيب بعد الثلاثة ، منع الرد بالعيب السابق كما عرفت الكلام فيه مفصلا فلاحظ و تأمل والله أعلم.

﴿و إذا باع الحامل﴾ من الانسان أو الحيوان و لم يكن عرف بالتبعية ﴿فالولد للبايع﴾ وإن لم يشترطه ﴿على الأظهر﴾ الأشهر بل المشهور ، بل ربما ادعي عدم الخلاف فيه ؛ بل في السرائر الاجماع عليه، للأصل بعد عدم دخول الحمل في متعلق البيع ، إذ دعوى الجزئية الحقيقية التي هي بعض المبيع واضحة المنع ، سيما بعد ثبوت الأحكام الشرعية له مستقلا ، كالتحرير و التدبير و الوصية و العتق والارث وغيرها و خبر السكونى (۱) عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام «في رجل أعتق أمة وهى حبلى ، فاستثنى مافى بطنها ، قال : الأمة حرة وما في بطنها حر ، لأن مافي بطنها منها » مع ضعف سنده وإعراض المشهور عنه في ذلك الباب أيضاً معارض بغيره كالموثق (۲) « سألت أبا الحسن الاول عليه السلام ؛ عن امرأة دبرت جارية لها ، فولدت الجارية ، جارية نفيسة فلم تدر المرأة حال المولودة هى مدبرة أم غير مدبرة ؛ فقال متى كان الحمل بالمدبرة ؟ أقبل ما دبرت ، أم بعد ما دبرت ؟ فقلت : لست أدرى ، ولكن أجبنى فيهما جميعاً ، فقال : إن كانت المرأة دبرت وبها حبل ولم تذكر مافى بطنها ، فالجارية مدبرة و الولد رق ، وإن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير ، فالولد مدبر فى تدبير أمه » ورواه الصدوق مرسلا (۳) وزاد «لان الحمل إنما حدث بعد التدبير »

(۱) الوسائل الباب-۶۹-من ابواب العتق الحديث ۱
(۲)(۳) الوسائل الباب ۵-من ابواب التدبير الحديث-۲

ولو حدث الحمل عند المشتري كان له بلا خلاف أجده هنا ، لانه نماء ملكه ، بل لو شك في زمان حدوثه كان له أيضاً ، وقال بعض مشايخنا : إلا أن يعلم تاريخ الحمل ويجهل تاريخ العقد ففيه إشكال ، قلت: منشأه أصالة تأخر المجهول عن المعلوم، وفيها بحث ذكرناه في محله ، و حينئذ يكون كمجهولي التاريخ الذي ينفى الاقتران فيه الأصل ، والظاهر كونه هنا للمشتري ؛ لكونه نماء ملكه في الظاهر ، فلا يخرج عنه إلا بالعلم بسبقه على ملك المشتري فتأمل جيداً .

فانه قد يمنع الظهور المزبور ، بعدم الدليل عليه ، لامن أصل ولا قاعدة ، فيتجه حينئذ الرجوع إلى القرعة أو القسمة بينهما مع فرض دعوى كل منهما ، أللهم إلا أن يكون دليله ماتسمعه انشاالله تعالى فيما يأتي من الحكم بالملكية لما يوجد في الصندوق مثلا إذا لم يكن عليه يد غيره . ولما يوجد في داره ونحو ذلك ، وإن لم يكن صاحب الدار و الصندوق عالما أنه له ، فانه يمكن أن يقال هنا بعد أن صار ذو النماء ملكاً له ؛ يملكه لما يوجد من النماء تبعاً لاصله ؛ مالم يعلم سبقه ، ولو حدث بين العقد و الاجازة، كان للناقل على النقل ؛ لعدم حصول الملك قبلها ؛ ونحوه غيره مما حصل قبل تمام شروط الملك ، أما على الكشف فهو للاخر ، كما هو واضح ، ولو حدث بعد العقد ، ثم فسخ المشتري ببعض أسباب الخيار كان له كغيره من النماء ، والمرجع في تحقق الحمل العرف ؛ وفي شرح الاستاد « أنه يتحقق بالتكون علقة فما بعدها ، وفي انعقاد النطفة بحث».

وكيف كان فهو للبايع مع الشرط ، أو الاطلاق ﴿إلا أن يشترطه المشتري﴾ فانه يكون له بلا خلاف ، للاصل و العمومات ، بل قد ظهر لك ضعف الخلاف في الاولين ، و إن حكي عن المبسوط و القاضي في المهذب و الجواهر ؛ فقالا إنه للمشتري مع الاطلاق للجزئية ، بل مقتضاه عدم جواز استثناء البايع له بناء على عدم جواز استثنائه ؛ كما تسمعه في الجلد والرأس.

بل في السرائر «عن المبسوط والجواهر التصريح بأنه لايجوز له أن يشترط

الحمل ، لانه كعضو من اعضاء الحامل ؛ ثم قال : وبينا أن هذا مذهب الشافعي ، لا اعتقاد شيخنا أبي جعفر ، لانه يذكر في كتابه المشار إليه مذهبنا و مذهب غيرنا ، فابن البراج ظن أنه اعتقاد شيخنا أبي جعفر و مذهبه ، فقلده و نقله وضمنه كتابه جواهر الفقه ، وإنما قلنا ذلك ، لان اجماع أصحابنا بغير خلاف بينهم منعقد على أنه بمجرد العقد يكون الحمل للبايع ، إلا أن يشترطه المبتاع ؛ و هذا مذهب شيخنا أبي جعفر في جميع تصنيفاته و كتبه ، عدا ماذكرناه و اعتذرنا له به من ذكره مذهب المخالف لنا » وهو إن كان جيداً موافقاً للمختار ، إلا أنه لا يخلو بعض ماذكره من منع .

وعلى كل حال فالتحقيق ماعرفت من عدم دخوله في ملك المشتري حتى يشترطه فيثبت له معه حينئذ ؛ بل قيل على حسب شرطه وحدة ، وتعدداً ، ذكورة وضدها ، كما أنه قيل أيضاً في جواز اشتراطه مع جهلهما أو جهل احدهما بوجوده ؛ أو في سنة منفصلة عن العقد أو حمل سوى الموجود - وجهان ، وفيهما معاً بحث و إن اقتضاهما عموم(١) « المؤمنون عند شروطهم » ولا تقدح جهالة المشترط بعد أن لم تكن راجعة إلى الثمن والمثمن ، وعدم الاكترات فيهما عرفا للتبعية ، بل الظاهر لها جواز الضم على جعل الحمل بعض المبيع ، كان يقول بعتك الدابة وحملها بكذا ، خلافا للتذكرة فلم يجز لجهالة بعض المبيع ، وفيه منع قدحها هنا مع إرادة الضم ، للسيرة المستمرة وغيرها ، بل في شرح الاستاد أن القول بجواز بيعه معها بدون قصد الضم قوي .

نعم لو بيع الحمل منفردا فلابد من اعتبار الشرائط في البيع المستقل ؛ ومثله لو جعل له ثمن مستقل في ذلك العقد ، إذ المتيقن من السيرة بيع الحمل مع الحامل بثمن واحد بقصد الانضمام أو بدونه ، لا مع قصد عدم الانضمام ؛ و الفرق بين أخذه شرطاً و شطراً في عموم ظهور العدم ، فان له الابقاء مجاناً والرد على الاول ، ويضاف إليها على الثاني استرداد ماقابل الحمل من الثمن مع الابقاء ، ولو انكشف موته حين العقد ، تبعضت الصفقة على الثاني ، وعلى الاول وجهان .

---

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من ابواب المهور الحديث - ٤

ولعل قول المصنف ﴿ولو اشتراهما فسقط الولد﴾ بآفة سماوية مثلا ﴿قبل القبض رجع المشتري بحصة الولد من الثمن﴾ يوافق التبعيض، لعدم ذكر الدخول في غير صورة الشرط ﴿و﴾ كيف كان ف ﴿طريق ذلك أن تقوم الامة﴾ مثلا ﴿حاملا﴾ ومجهضا ﴿لا حائلا ويرجع بنسبة التفاوت من الثمن﴾ ولو جني عليه أعابته أخذ منه أرش يوم الجناية إنشاء مع اختيار البقاء؛ ولو لوحظ نفس الحمل لا صفة الحاملية اعتبرت قيمته لا لتفاوت الصفتين في وجه؛ ولو اختلفا ففي شرح الاستاد قدم قول مدعي اعتبار الصفة دون عين الحمل، قال: «وفي الشرطية وعدمها يقدم قول الثاني و فيها وفي الشطرية يقدم مدعي الشرطية، ويحتمل التداعي، و في اتحاد الحمل وتعدده يقدم قول مدعي الاتحاد فتأمل جيدا والله أعلم.

﴿ ويجوز ابتياع بعض الحيوان ﴾ الحي مأكول اللحم أو غيره ﴿ مشاعا ﴾ إذا كان معينا على وجه يعلم نسبته إلى الجملة ﴿كالنصف والربع﴾ ونحوهما بلا خلاف ولا إشكال، بل الاجماع بقسميه عليه مضافا إلى العمومات وغيرها أما المذبوح فقد جزم بعض مشايخنا بعدم جواز بيع البعض المشاع منه، وأولى منه المسلوخ، وهو مبني على أنه بالذبح يكون موزونا وفيه بحث، و أما بيع جزء معين من الحي كيده ورجله، أو نصفه الذي فيه رأسه، أو الاخر الذي فيه ذنبه، أو نحوهما فغير جائز إجماعاً بقسميه على ما في شرح الاستاد، وظاهر المختلف وغيره أنه من المسلمات، بل في الاول «أنه فيما لا يؤكل لحمه أو إذا لم يكن المراد منه اللحم، بل الركوب والحمل ونحوهما من الواضحات التي لا تحتاج إلى شاهد».

وهو جيد، إلا أنه قد يشكل الفرق بين الاول: أي ما أريد ذبحه للاكل، و بين ما تسمعه من الخلاف في استثناء الرؤوس و الجلد، بل الصحيح الغنوي (١) أو حسنه الذي ستعرف عمل الاصحاب به صريح في بيع الرأس والجلد، واحتمال اختصاصهما بالحكم المزبور بيعاً أو استثناء ينافي لتصريح البعض بعدم الفرق بينهما و بين غيرهما في حكم الاستثناء، ولما تعرفه من الاتحاد في المدرك، و الجهالة الناشئة من عدم تعيين موضع القطع كالتشاجر إذا اختلفا في إرادة بقاء الحيوان وذبحه،

(١) الوسائل الباب ـ ٢٢ ـ من ابواب بيع الحيوان الحديث ١

المترتب على كل منهما تعطيل مال شخص وضرر الاخر - مشترك بين الجميع.

فالعمدة في الفرق حينئذ ليس إلا الاجماع إن تم، وفي التحرير «إن في استثناء الشحم إشكالا» ثم جزم بالبطلان في التذكرة «في الحي والمذبوح» وأما بيع مقدار معين منه بالوزن، فلاريب في بطلانه مع الجهالة للاختلاف؛ بل ظاهر شرح الاستاد أن الاجماع بقسميه عليه، ولعله كذلك، ألّلهم إلا أن يدعى انسحاب خلاف سلار في جواز استثناء ذلك إليه قال كما في المختلف: «وكل شرط شرطه البايع على المبتاع من رأس ذبيحة يبيعها وحدها أو بعضها بالوزن جايز» ولاريب في ضعفه.

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿لو باع واستثنى﴾ البايع لمأكول اللحم كما في التحرير وظاهر النهاية، أوما تقع عليه التذكية كما في حواشي الشهيد، وعلى كل حال فظاهرهم أن محل الخلاف في ذلك، و لعل الاول أوفق بخبري الباب، وإن أمكن بالتنقيح التعدية إلى ماتقع عليه التذكية، فلو كان الاستثناء من غيرهما بطل؛ بل الظاهر أن محل النزاع في صحة الاستثناء من الحيوان المراد ذبحه، فليس له الاستثناء من الحيوان المراد بقاؤه، لما عرفت سابقاً؛ ولانه لم يعهد ملكية الحيوان المزبور كذلك.

أما إذا كان مأكول اللحم واريد ذبحه فباعه واستثنى ﴿الرأس والجلد﴾ او أحدهما ﴿صح﴾ .

﴿و﴾ لكن ﴿يكون شريكا﴾ مع المشترى في الحيوان ﴿ بقدر قيمة ثنياه على رواية السكوني﴾ (١) عن الصادق عليه السلام «قال: اختصم إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجلان اشترى احدهما من الاخر بعيرا واستثنى البيع الرأس والجلد ثم بدا للمشترى أن يبيعه؟ فقال: للمشترى هو شريكك في البعير على قدر الرأس والجلد» ومارواه الصدوق (٢) في المحكي العيون بسنده إلى الرضا عن آبائه عن الحسين بن علي- عليهم السلام «أنه قال: إختصم إلى علي عليه السلام رجلان أحدهما باع الآخر بعيرا فاستثنى

---

(١) و٢ الوسائل الباب ٢٢ من ابواب بيع الحيوان الحديث-٢-٣

الرأس و الجلد ، ثم بداله أن ينحره ، قال : هو شريكك فى البعير علـى قدر الرأس والجلد» بناء على أن المراد البداية له فى أن لا ينحره ؛ بقرينة الخبر السابق و بهما أفتى في النهاية والارشاد ، و محكي الخلاف و المبسوط و القاضي ، و تعجب منه الشهيد في حواشيه حيث أنه منع من بيع الحامل مستثنى حملها ، لانه كالجزء؛ وجوز استثناء الرأس والجلد ، مع أنه جزء حقيقة.

وفيه أنه يمكن دعوى خصوصيتهما للنص الذى يصلح فارقا بين المقامين، ومنه اتجه الحكم بالشركة المزبورة ، وإلا كان المتجه على تقدير الصحة اعتبار خصوص ما استثناه ، ولذا أنكر غير واحد على الشيخ بأن ما اختاره مناف لتبعية العقد للقصد فى حق كلا المتعاقدين ، وقاعدة تسلط الناس على أموالهم (١) وأنه لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه (٢) و توقف الاكل حلالا على التجارة بالتراض (٣) ودعوى أن المراد من الاستثناء المزبور الشركة المذكورة أوضح فساداً كل ذامع عدم الجابر للخبرين بل الشهرة بسيطة أو مركبة على خلافهما ، قلت : لكن لا يخفى أنه لا يسع الفقيه المنتقد طرح الخبرين المزبورين المعمول بهما في الجملة ، المؤيدين بما تسمعه من صحيح الشركة الاتى (٤) المخالفين للعامة .

نعم تحقيق الحال هو أن الحاصل من التأمل فى أخبار المقام صحة الاستثناء بل البيع للرأس والجلد من الحيوان المشترى للذبح، لانه حينئذ بمنزلة شرائهما منفصلين فان حصل الذبح كان للبايع ما استثناه ، وإن بدالهما أو للمشتري خاصة بيعه مثلا وعدم الذبح فليس الا الشركة فى الحيون بمقدار قيمة الرأس والجلد ، ضرورة أنهما بالاستثناء المزبور على الفرض المذكور ملك للبايع ، فبيع الحيوان جملة بيع لمملوكين لمالكين بثمن واحد إلا ان زيادة القيمة الحاصلة للحيوان بالبقاء تلحقها

٣٢(١) البحادج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث
(٢) الوسائل الباب ـ٣ـ من ابواب مكان المصلى الحديث ـ ١ـ٣
(٣) سورة النساء الاية ـ٢٩
(٤) الوسائل الباب ـ ٢٢ ـ من ابواب بيع الحيوان الحديث ـ١

أيضاً لتوقف حياة الحيوان أو بقائه عليهما، فما حصل من الاجتماع ملك لهما، وهذا هو المراد بالشركة في الحيوان بمقدار قيمة الرأس والجلد وحينئذ فلا مخالفة للقواعد في هذه الشركة، ولا يتجه الرد على مضمون النصوص، بأنه مخالف لقاعدة تبعية العقد للقصد إذ لم تكن الشركة مقصودة لكل من المتعاقدين، ضرورة انك قد عرفت كون المراد بالشركة ما سمعت الذي لا يرد عليه نحو ذلك، ويؤيده أيضاً في الجملة ما قيل أيضاً من أن تعذر أخذ العين يوجب الشركة بحسب القيمة إذ « لا يسقط الميسور بالمعسور » (١) و« ما لا يدرك كله لا يترك كله » (٢) « وإذا أمرتكم » (٣) ولعله إلى ذلك كله أو بعضه أومىء في الدروس بقوله : « ولو استثنى الرأس والجلد فالمروي الصحة، فان ذبحه فذاك وإلا كان البايع شريكاً بنسبة القيمة» إذ مرجعه بعد التأمل إلى ماذكرنا، كما ان قوله أيضاً « ولو شرط ذبحه فالاقرب جواز الشرط إذا كان مما يقصد بالذبح، فان امتنع فالاقرب تخير البايع بين الفسخ وبين الشركة بالقيمة» منطبق عليه أيضاً إذ الفسخ لعدم الشرط، والشركة لما عرفت، فان أراد من أفتى بمضمون النصوص ما ذكرناه، فذاك، وإلا كان في غاية الاشكال؛ ضرورة عدم ظهور النصوص في أن الاستثناء المزبور يوجب الشركة المذكورة في الحيوان على كل حال، سواء ذبح أولا، بل لو سلم ظهورها في ذلك لم يكن ليجبر بها على هذا الحكم المخالف للقواعد العظيمة أي مخالفة، بل لا نظير له في الشريعة كما هو واضح .

وأما القول بالصحة كما عن المرتضى والاسكافي والتقي والحلي، بل نسبه بعض إلى جميع من المتقدمين والمتأخرين؛ بل في الانتصار أنه مما انعقد عليه اجماع الامامية ،فان أريد بها على الوجه الذى ذكرنا فمرحباً بالوفاق، وإن أريد بها مطلقاً أي سواء كان القصد ذبح الحيوان أولا، وسواء ذبح أولا، فهو في غاية الاشكال، بل يمكن دعوى ضرورة الشرع على خلافه فيها هو أوسع دائرة من العقود المملكة كالصلح

(١و٢) غوالي اللئالي عن امير المؤمنين عليه السلام

(٣) سنن البيهقي ج - ١ ص ٢١٥

والوصية ، فضلا عن البيع ، والاستناد إلى الأصل-المستفاد من العموم في جنس العقود وأنواعها ، واندفاع الغرر بتميز الثنيا ومعرفة الحدود -كما ترى ؛ خصوصا مع وضوح رجوع هذا الاستثناء إلى بيع الأجزاء المعينة من الحيوان الذي قد ادعي الاجماع على بطلانه ، بل يمكن تحصيله في الحيوان الذي لم يقصد به الذبح بل كان المقصود منه البقاء للركوب و نحوه .

وأما القول بالتفصيل بين المذبوح وغيره كما في القواعد، فيصح الاستثناء في الاول دون الثاني، فهو متحد مع ماقلناه في الأول، وما في شرح الأستاد من إشكاله -بعدم ارتفاع الغرر بالذبح حتى بعد اتمام السلخ قبل الوزن مع اتصالهما وانفصالهما، أو فصل أحدهما - يدفعه ما عرفت سابقا من منع اعتبار الوزنية في المذبوح قبل السلخ، بل يمكن منعه أيضا في المسلوخ قبل التفريق كما جرت به السيرة في زماننا ، على أن المانع حينئذ على هذا التقدير الجهالة التي يمكن الاحتيال في رفعها ، لاكون المستثنى جزء معينا كما هو واضح ، وأما منعه في غير المذبوح فهو متجه في الذي لم يرد ذبحه .

وأما ما اريد ذبحه، فهو على مقتضى الاصل و العمومات و خصوص الروايات ومحكي الاجماع وغيره، ومن هنا جزم بالصحة فيهما ثاني الشهيدين، بل والفاضل في المختلف ، الا أنه ينبغي اعتبار ما سمعت فيما لو عدل من إرادة الذبح واريد البيع مثلا، كما عرفته مفصلا.

وأما ما حكاه في التنقيح - عن بعض فضلاء المتأخرين « من أنه إن كان المستثنى الجلد أو ما منه الجلد فهو باطل لجهالته ، لان الجلد يتفاوت ثمنه بتفاوته في الثخن والرقة، لكن لا يبطل البيع لان جهالة المستثنى في هذه الصورة لا يستلزم جهالة المبيع، فيكون البايع شريكا بنسبة قيمة المستثنى كما دلت عليه الرواية؛ وإن كان المستثنى هو الرأس والقوائم فهو صحيح ، لانه استثناء معلوم من معلوم، والضرر في ذلك معارض باستثناء الجزء المشاع ، فانه جائز اتفاقا، مع أن الضرر المدعى حاصل فيه » - فهو

من غرائب الكلام ، وكالاجتهاد في مقابل النص، بل اجتهاد من غيروجه وجيه ، ومن الغريب حكمه بجهالة المستثنى لجهالة قيمته مع حكمه بالشركة بمقدارهـا و قياسه الجزء المشاع على المعين .

ومن هنا احتمل بعض مشايخنا عكس ما ذكره، فأبطل استثناء الرأس لجهالة حده فلايؤول إلى علم بخلاف الجلد، والتحقيق خلافهما معاكغيرهما من الاحتمالات المذكورة في المقام، منها ـ الجمود على مدلول الروايتين، اقتصاراعلى المتيقن فيما خالف الاصل ،ومنها ـ تخصيص المنع بالمذبوح لدخوله تحت الموزون الذي لا يدفع غرر جهالته وزنه مع الجلد والراس ، ومنها الاقتصار في المنع على المسلوخ مع بقاء الرأس، ومع عدمه بشرط عدم الوزن، لدخوله تحت الموزون ، ومنها ـ قصر المنع على مالا يؤكل لحمه ، إذ الجميع كماترى، بل قيل أن مرجع الأخيرمنها على الظاهر إلى القول بالجواز المطلق، لانه إنما يعقل في الماكول .

قلت قدعرفت في أول البحث أن النزاع فيما يقبل التذكية، بل يظهر من بعضهم ذلك في المأكول منه خاصة بل قد يقال أن محل النزاع في الذي اريد ذبحه للاكل منه وإن اطلق الاصحاب، وتحقيق الحال ماعرفت، والله أعلم .

بل يزيد ذلك تاكيداً ماذكره المصنف وغيره من قوله ﴿ وكذا لو اشترك اثنان أوجماعة ﴾ حيوانا ﴿ وشرط أحدهما لنفسه الرأس والجلد، كان شريكا بنسبة ماله ﴾ لصحيح الغنوي (١) عـن الصادق عليه السلام « في رجل شهد بعيراً مريضاً وهويباع ، فاشتراه رجل بعشرة دراهم، وأشرك فيه رجلا بدرهمين بالرأس والجلد ، فقضى أن البعير بـرىء ، فبلـغ ثمنه ثمانية دنـانير قال : فقال : لصاحب الدرهمين خمس مابلـغ ، فان قال : أريد الرأس والجلد، فليس له ذلك،هذا الضرار ، وقد أعطى حقه إذا أعطى الخمس » وقـد أفتى بمضمونه مـن أبطل الاستثناء المزبـور فـي المسألـة السابقة كالفاضل وغيره .

---

(١) الوسائل الباب ٢٢ ـ من ابواب بيع الحيوان الحديث ـ ١

وأشكله بذلك في جامع المقاصد وقال : «لاجواب له إلا بأحد أمرين ، إما أن يكون الحكم في مسألة الشريك مجمعاً عليه، فعمله بالاجماع في موضعه، أو أن رواية هارون صحيحة. بخلاف رواية السكوني ، والذي يقتضيه النظر البطلان مطلقا إن لم يلزم من ذلك مخالفة الاجماع » و في الرياض بعد ان ذكر الصحيح المذكور قال : «ويأتي فيه ما مر مع ظهوره كما سبق فيما يقصد ذبحه لا مطلقا، فلا وجه للتعميم على تقدير العمل بهما بعد القول بالفصل بين مورده ،فالجواز وغيره فالمنع كما مضى ؛ إلا أني لم أقف على مخالف هنا عدا شيخنا الشهيد الثاني ومن تبعه من بعض أصحابنا، حيث جعلوا الحكم فيه وفيما سبق واحدا، وهو كذلك إن لم يكن انعقد الاجماع على خلافه، وربما احتمله في شرح القواعد المحقق الثاني ؛ ولعله وجه الفرق بينهما في العبارة وغيرها من التردد في الاول والجزم بالحكم هنا وهو حسن إن تم ، وإلا فمجرد صحة السند على تقديرها غير كاف في الخروج عن مقتضى القواعد المتقدمة مع امكان تأويلها إلي ما يلائمها » .

قلت : لا يخفى عدم الفرق في الحكم بين مورد الصحيح وغيره، بل مورد الاول بيع الرأس والجلد فضلا عن استثنائهما؛ ولكن المراد من الجميع ماذكرناه سابقا من الحيوان المقصود بالذبح للاكل كما اعترف به هنا الفاضل المزبور فيصح استثناؤهما، وما تضمنه الصحيح المزبور من بيعهما على الوجه المذكور ؛ و أنه ينتقل إلى الشركة إذا بدالهما أو للمشتري منهما بقاؤه ، لا إذا ذبح كما يقتضيه اطلاق الجماعة الذي يمكن تنزيله عليه ، ووجه الشركة ما عرفت الذي منه يظهر أن المراد الشركة على حسب قيمة الرأس والجلد، ولا ينافيه ملاحظة الثمن في الصحيح المزبور فانه يمكن رجوعها إليه كما هو واضح .

فقد ظهر أن الصحيح المزبور المفتى به من الجماعة حتى احتمل أنه اجماع؛ بل لعله الظاهر مؤيد لما ذكرناه سابقاً ، كما أنه ظهر أن عبارات الاصحاب ليست منطبقة على المراد من الصحيح المذكور الذى هو المستند لها على الظاهر ، و تحقيق الحال

ماعرفت؛ والمراد بالمال في المتن و غيره قيمة الرأس والجلد كما هو صريح التحرير والارشاد و غيرهما لا الثمن كائنا ما كان على أن يكون المراد لغو الشرط والرجوع الى الشركة بمقدار الثمن، ضرورة عدم استفادة ذلك من الصحيح وعدم انطباقه على ماتقدم من اقتضاء فساد الشرط فساد العقد المشترط فيه .

وما في الدروس هنا « من أنه لو اشتركوا في الحيوان بالاجزاء المعينة لغي الشرط، وكان بينهم على نسبة الثمن » غير ما فرضه الاصحاب من المسألة التي مستندها الصحيح المزبور، ويمكن أن يكون مراده من الشرط التواطي في غير العقد على وجه لا يلتزم به شرعاً مع كون الشراء على جهة الشركة بسبب مزج الثمن ونحوه، ولعله اليه يرجع ما في حواشيه على قوله في القواعد ولو اشتركا في الشراء واشترط أحدهما الرأس والجلد لم يصح، وكان له مقدار ماله » قال : « أي تصح الشركة و يبطل الشرط، وإن كان في بيع بطل، لتوقف العقد على الشرط الفاسد » هذا .

ولكن في النهاية التي هي متون أخبار قال : « وإذا اشترك انفسان في شراء إبل أو بقر أو غنم ، ووزنا المال، وقال أحدهما أن لي الرأس والجلد بمالي من الثمن كان ذلك باطلا، ويقسم ما اشترياه على أصل المال بالسوية » وظاهره أن المراد بالصحيح ذلك، وفيه ـ مضافا إلى ماعرفت وإلى أنه خلاف فهم الاصحاب ـ أن الصحيح خال عن ذكر الاشتراط، وإنما هو ظاهر في شراء الرأس والجلد من البايع، وشراء الآخر ماعداهما، أو أن المشتري باع الرأس والجلد من الآخر الذي اراد شركته ؛ اللهم إلا ن يدعى أن المراد منه أنهما اشتركا في الدراهم المجعولة ثمنا للبعير على أن يكون الرأس والجلد لواحد منهما عوض حصته في الثمن، لكنه كما ترى.

والحاصل أن عبارات جملة من الاصحاب غير منطبقة على مـا في الصحيح ، اذ الاشتراط المذكور فيها إما أن يكون على البايع ، ومرجعه حينئذ إلى شراء أحدهما مستثنى منه نصفهما و شراء الآخر، النصف الآخر مع تمامهما ؛ و يكون حينئذ شبه شراء الكل مع استثنائهما، وإما أن يكون الشراء لاحدهما ثم باع النصف الآخر

مستثنيا منه الرأس و الجلد ، فيكون من قبيل استثناء الكل منهما في بيع الكل ، أو بالعكس بأن يشترطهما للمشتري ، فيكون من بيع الاعضاء لانه باعه النصف المشتمل على تمام الرأس والجلد .

وعلى كل حال هو خلاف ظاهر الصحيح ، على أن مقتضى ما ذكره الفاضل وغيره من بطلان الشرط بطلان العقد، بل لو بني على القول بعدم التلازم بينهما لا وجه للشركة المزبورة، ودعوى ـ أنه لما امتنع تنزيله على الصحة مع البقاء على ظاهره نزل على الاشاعة ، ويكون الصحيح مستندا لذلك ـ واضحة الفساد، لاقتضاء مخالفة الاصول الشرعية والقواعد المرعية بالغاء ظاهر العقد، وعدم تبعيته للقصد، وحصول الضرر التام غالباً إما على البايع أو المشتري .

بل لايبعد أن يكون العمل بالرواية على هـذا الوجه تهجما على الشرع ، وخروجا عن مذاق الفقه، فلامحيص عن تنزيلها على ماذكرنا، بل هو الظاهر منها عند التأمل، والمناقشة فيها ـ باحتمال إرادة الاشتراك بنسبة الدرهمين ثم طلب منه الرأس والجلد ، أو إنما اشترك لاجل الرأس والجلد ، معللا لامشترطا كما عساه يؤمي إليه قوله ، « وقد أعطا حقه» إلى آخره أو أنه سبق الوعد باعطائه ومطالبته من جهته، لامن جهة الاستحقاق و نحو ذلك ـ كما ترى ، وكل ذلك ناش عن عـدم الوصول إلى ماذكرنا ببركة الله ومحمد وأهل بيته صلى الله عليهم نعم الانصاف أن الأصحاب لم يحسنوا التادية بمضمون الخبر وأحسن ما وقفت عليه مـن كلماتهم فـي أصل المسألة ما سمعته من الدروس والله أعلم .

﴿ ولو قال ﴾ شخص لآخر ﴿ اشتر حيواناً ﴾ مثلا ﴿ بشركتي صح و يثبت البيع لهما، وعلى كل واحد منهما نصف الثمن ﴾ بلاخلاف ولا إشكال لانه توكيل في شراء النصف المنساق من لفظ الشركة ؛ إلا إذا أراد الاقل أو الاكثر، فانه يتبع حينئذ مع التصريح؛ ولو تنازعا في القدر ففي الدروس أنه إن كان في الارادة حلف الآمر وإن كان في نية الوكيل حلف الوكيل إن نقص عما يدعيه الموكل، وإن زعم الموكل

أنه اشترى له الثلث فقال : النصف ، إحتمل ذلك ، لانه أعرف ، وتقديم الموكل ؛ لان الوكيل يدعي زيادة ، والأصل عدمها ، و فيه مع كون الواقع من الامـر العبارة المزبورة ما لايخفى ، بل فيه منافاة لقاعدة تصديق الوكيل ، كماهو واضح .

﴿ ولو أذن أحدهما لصاحبه أن ينقد عنه ﴾ ما عليه من الثمن ﴿ صح ﴾ قطعاً ﴿ ولو تلف ﴾ الحيوان الذى اشتري على وجه المزبور ﴿ كان بينهما ﴾ لماعرفت من كونه مشتركا بينهما ﴿ و ﴾ كان ﴿ له الرجوع على الآمر بما نقد عنه ﴾ باذنه الظاهر في إرادة الدفع عنه ، والرجوع به عليه ، فهو كالوكيل عنه في القرض ، و احتمال أن الامر بالدفع عنه أعم من ذلك واضح الفساد ؛ إنما البحث في الدفع عنه بمجرد الأمر بالشراء على الشركة ، والاقوى عدم الرجوع إذا لم يكن قرينة تقتضي الدفع عنه ، كالشراء من مكان بعيد ، لايـدفع المبيع حتى يـدفع الثمن ، وظاهـر ابن إدريس أن قضية الامر الاذن في النقد ، وإلا لم تتحقق الشركة ، وفيه منع ظاهر ، وإن أطال فيه في المختلف .

نعم قد يشهد له موثق إسحاق (١) « قلت لابى إبـراهيم عليه السلام الرجل يدل الرجل على السلعة ، فيقول : اشترها ولي نصفها ، فيشتريها الرجل ، وينقد من ماله ، قال : له نصف الربح ، قلت : فان وضع يلحقه من الوضيعة شيء ؟ قال : نعم عليه من الوضيعة كما أخذ من الربح » لكن مع أنه لم يذكر فيه الرجوع عليه بما نقد ؛ يمكن وجود قرائن حالية تدل على الاذن بالنقد عنه فتأمل جيداً .

﴿ ولو قال له : اشتر حيوانا مثلا بالشركة و ﴿ الربح لنا ﴾ جميعا ولاخسران عليك ﴾ لو خسر ف ﴿ فيه تردد ﴾ ينشأ من عموم « المؤمنون » (٢) وتجارة عن تراض » (٣) وصحيح رفاعة (۴) «سألت أباالحسن عليه السلام عن رجل شارك آخر في جارية

(١) الوسائل-الباب-١- من ابواب احكام الشركة الحديث -۴

(٢) ألوسائل الباب - ٢٠ -من ابواب المهور الحديث-۴

(٣) سورة النساء الاية ٢٩

(۴) الوسائل الباب -١۴ من ابواب بيع الحيوان الحديث ١-

له ، وقال : إن ربحنا فيها فلك نصف الربح و إن كانت وضيعة فليس عليك شيء ؟ فقال : لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية » وخبر أبي الربيع (١) « عن الصادق عليه السلام في رجل شارك رجلا آخر في جارية له فقال له : إن ربحت فلك نصفه ، و إن وضعت فليس عليك شيء فقال : لا بأس بذلك إذا كانت الجارية للقائل » .

و إلى ذلك أشار المصنف بقوله ﴿ والمروي الجواز ﴾ وظاهره الميل اليه ؛ بل إليه ذهب جماعة كالشيخ و الفاضل في المختلف و الشهيد في الدروس ، ومن أنه مخالف لمادل على تبعية الربح و الخسران لرأس المال ، فيكون مخالفا للسنة التي بمخالفتها يكون مخالفاً للكتاب أيضا، وبه جزم الحلي في السرائر، قال بعد أن حكى ذلك عن الشيخ « أنه غير واضح و لامستقيم ، لانه مخالف لاصول المذهب ؛ لان الخسران على رؤس الاحوال بغير خلاف ، فاذا اشترطه أحد هما على الاخر كان مخالفا للكتاب و السنة » ورده في الدروس بأنه لانسلم لزوم تبعية المال لمطلق الشركة ، بل للشركة المطلقة . ومن هنا قال : إن الاقرب تعدي الحكم إلى غير الجارية من المبيعات، ضرورة عدم كون المستند خصوص الخبرين ، بل هما مؤكدان لمقتضى العموم .

و فيه ـ مضافا إلى ما في التنقيح من الاجماع على عدم إطراد الحكم في غير هذه الصورة ـ منع شمول العمومات لمثل ذلك ، الذي لم يعلم شرعيته في نفسه ، كي يكون الشرط ملزما له. وأما الخبران فغير صريحين في المطلوب ، مع أن موردهما الجارية ، وكون المشارك هو المالك ، و احتمال الصحيح منهما طيب النفس بعد ظهور الخسران من باب الاحسان ، ولذا قال في التنقيح : « إنا نقول بموجب الاول منهما » إذ معناه أنه اذا شرط عدم الخسران عليه جاز له أن يفي بقوله، وهو صحيح ، إذ « الناس مسلطون على أموالهم ، » فاذا ترك ماله فلا حرج عليه، وأما لزوم الشرط

(١) الوسائل الباب ـ ١٤ من ابواب بيع الحيوان الحديث ٢-

فلادلالة للرواية عليه، ولذلك أردف نفي الباس بقوله « إذا طاب نفس صاحب الجارية» ولعل قوله ﷺ في ذيل الخبر الاخر « إذا كانت الجارية للقائل » مشعر بنحو ذلك .

و يقوى في النفس أن ذلك كانت مقاولة بين المالك و غيره ؛ ليساعده على البيع ، أو نحو ذلك ، لأنها شركة حقيقة ، و بالجملة هما غير صالحين لإثبات الحكم المزبور ؛ مع فرض مخالفته ، و عدم اقتضاء العمومات صحته ، كما هو الاقوى ، وفاقاً لجماعة منهم الفاضل في القواعد وغيره في بطلان العقد الذي وقع عليه هذا الشرط في ضمنه ، كما لو باع أحدهما صاحبه بهذا الشرط البحث السابق .

وتسمع إنشاءالله في كتاب الصلح البحث فيما لو صالح أحد الشريكين الاخر على أن يكون له رأس ماله ، والباقي لشريكه زاد أونقص ، وفي كتاب الشركة البحث في شرط التفاوت في الربح في عقد الشركة مع تساوى المالين ، والتساوي فيه مع تفاوت المالين ، مع زيادة العمل من أحدهما وبدونه ; فلاحظ ، فإن له دخلا في المقام ، ومنه يعلم التنافي بين ما في الدروس في المقامين .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ يجوز النظر ﴾ من دون إذن المولى ﴿ إلى وجه المملوكة و محاسنها ﴾ التي هي محال الزينة منها كالكفين والرجلين و نحوهما ﴿ إذا أراد شراءها ﴾ لنفسه أو لغيره بلاخلاف أجده فيه، بل في المسالك في باب النكاح أن جواز النظر إلى الوجه والكفين والمحاسن والشعر موضع وفاق ؛ وإن لم يكن بإذن المولى صريحا ، لأن عرضها للبيع قرينة الإذن في ذلك ، و لأن أبا بصير (١) « سأل أبا عبدالله ﷺ عن الرجل يعترض الامة ليشتريها ؟ فقال : لابأس أن ينظر إلى محاسنها ويمسها مالم ينظر إلى مالاينبغى له النظر إليه » وقال له أيضا حبيب بن المعلى الخثعمى(٢) إني اعترضت جواري المدينة فأمذيت ؛ فقال : أما لمن يريد الشراء فليس به بأس، وأما من لا يريد أن يشتري فاني أكرهه » وقال هو أيضا لعمران

(١) و (٢) الوسائل الباب — ٢٠ - من ابواب بيع الحيوان الحديث — ١-٢-

بن حارث الجعفري (١) «لا أحب للرجل أن يقلب جارية إلا جارية يريد شراءها».

وفي المروي عن قرب الاسناد (٢) «مسندا إلى جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام أنه كان إذا أراد أن يشتري الجارية يكشف عن ساقيها فينظر إليها» بل قد يستفاد من هذه النصوص ما في تذكرة الفاضل من جواز النظر إلى مادون العورة، ومال إليه في الحدائق وإن استبعده كثير ممن تاخر عنه، وتردد فيه في الدروس، بل وفي العورة ثم استقرب مراعات التحليل من المولى، بل قد يستفاد من خبر حبيب جوازه مع التلذذ، بل قد يدعى لزومه للاباحة غالبا إذا كانت المنظورة من الجوار الحسان.

لكن صرح في السرائر و غيرها بالحرمة حينئذ، و مقتضى اطلاق النص والفتوى عدم الفرق في جواز النظر بين المزوجة و غيرها، وفي إلحاق نظر المرأة إلى المملوك إذا أرادت شراءه بالرجل المريد شراء الامة وجه قوي، خصوصا مع ملاحظة ماورد في باب النكاح في التعليل جواز النظر لشعر الامرأة التي يريد تزويجها (٣) «بأنه إنما يريد أن يشتريها بأغلى الثمن» وفي آخر (٤) «تعليل النظر إلى المحاسن بأنه مستام» الظاهر في أن الوجه في النظر رفع الغرر و الضرر الناشيء من عدم الرؤية هذا.

والاحوط الاقتصار في جواز النظر على إرادة الشراء لا أن المراد النظر أولا، ثم الشراء هذا وقد سمعت اشتمال بعض النصوص السابقة على جواز اللمس، واستحسنه في نكاح المسالك مع توقف الغرض عليه، ولاريب أن تركه أحوط؛ ثم إن الحكم مختص بالمشتري، فلايجوز للامة النظر إليه زيادة على ما يجوز للاجنبي، و في نكاح المسالك بخلاف الزوجة، و الفرق أن في الشراء لااختيار لها؛ بخلاف التزويج.

---

١ و ٢ - الوسائل الباب - ٢٠ - من ابواب بيع الحيوان الحديث ٣ - ٤

٣ و ٤ الوسائل الباب - ٣٦ - من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث ١ و ٧ و ٨ و ١٢

﴿ ويستحب لمن اشترى مملوكا أن يغير اسمه ﴾ عند الشراء قال : زرارة (١) « كنت جالساً عند أبي عبدالله عليه السلام إذ دخل عليه رجل ومعه ابن له فقال : أبو عبدالله عليه السلام ما تجارة ابنك ؟ فقال التنخس فقال : له أبو عبدالله عليه السلام لاتشتر شيناً ولاعيباً فاذا اشتريت رأسا فلا ترين ثمنه في كفة الميزان؛ فما من رأس يرى ثمنه في كفة الميزان فأفلح ، فاذا اشتريت رأسا فغير اسمه وأطعمه شيئاً حلوا إذا ملكته؛ وتصدق عنه باربعة دراهم» .

﴿ و ﴾ منه يعلم استحباب ﴿ أن يطعمه شيئاً من الحلاوة وأن يتصدق عنه بشيء ﴾ و ان لم يكن المقدار المعلوم ، لظهور عدم ارادة الاشتراط فيه ، و في الدروس أن الاقرب استحباب تغيير الاسم في الملك الحادث ، قال : «وروي كراهة التسمية بمبارك و ميمون وشبهه » وفي شرح الاستاد استحباب الثلاثة في كل تملك ؛ واختيار الأسماء الشريفة كعبدالله و عبدالنبي وعبد علي ، وبما يسمى به عبيدهم كقنبر وبلال وفضة ونحوها ، وأما التسمية بأسماء الانبياء والائمة فالاولى تركه ، لخوف إهانة الاسم باستخدامه، والامر سهل .

﴿ و يكره وطيء من ولدت من الزنا ﴾ من الابوين، و أحدهما في وجه ﴿ بالملك والعقد ﴾ ولو تحليلا ﴿ على الاظهر ﴾ للفضاضة وفوات النجابة ولخوف العار وللنصوص كحسنة الحلبي (٢) عن الصادق عليه السلام « قال : سئل عن الرجل يكون له الخادم ولد زنا هل عليه جناح أن يطأها قال : لا وإن تنزه عن ذلك فهو أحب إلي » وهي وغيرها الحجة على ابن ادريس المحرم ذلك بناء منه على كفر ولد الزنا ، وتحريم الكافرة، وفي المقدمتين منع؛ وفي الدروس أن العقد أشد كراهية من الملك، و في شرح الاستاد إنه تشتد الكراهة بطلب النسل ، لترتب معظم الفساد عليه ، قلت : ولعله لذا قال : في القواعد إنه إن فعل فلايطلب الولد منها ، أي إن وطيء غير مبال بالكراهة فلايطلب النسل منها بأن يترك الامناء أو يعزل او يطأ في غير القبل أو اليائس

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب بيع الحيوان الحديث ـ ١

(٢) الوسائل الباب ٦٠ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣

أو الصغيرة أو نحو ذلك ».

و في الدروس أيضاً « و يكره الحج و التزويج من ثمن الزانية » و عن أبي خديجة لا يطلب ولد من امرأة أمهرت مالاحراما أواشتريت به إلى سبعة آباء ، والامر في ذلك كله سهل ﴿ و ﴾ قد ظهر لك من خبر زرارة السابق كراهة ﴿ أن يرى المملوك ثمنه في ﴾ كفة ﴿ الميزان ﴾ وفي خبر قيس(١) « عن الصادق عليه السلام من نظر إلى ثمنه وهو يوزن لم يفلح » وربما قيل بهما مطلقا ولو لم يكن في الميزان حملا للنص على المتعارف من وضع الثمن في كفة الميزان عند الشراء ، و في الرياض أنه حسن لو قام دليل على الكراهة مطلقا وهو غير واضح ؛ قلت : قد يقال يكفي فيها خروج القيد عن ارادة التقييد نعم في تعدية الحكم إلى مطلق العوض والى اللمس اشكال سيما الاخير والامر سهل والله العالم .

(الثالث : في لواحق هذا الباب)

(وهي مسائل)

﴿ الاولى ﴾ الامة و ﴿ العبد ﴾ قنا أومدبراً أوأم ولد إلى غير ذلك من أحواله التي لا تخرجه عن الرقية عدا المكاتب الذى ستسمع الكلام فيه في محله، وظاهر هم هناك الملك كما ستعرف انشا الله ﴿ لا يملك ﴾ عينا ولا منفعة مستقرا ولا متزلزلا من غير فرق بين ما ملكه المولى ، و فاضل الضريبة و أرش الجناية وبين غيرها عند اكثر علمائنا كما في التذكرة بل في السرائر عندنا مشعرا بالاجماع عليه ، كالمحكي عن الانتصار و كفارات المبسوط، بل في زكاة الخلاف ونهج الحق الاجماع عليه بل الاول منهما صريح في نفي الملك لما ملكه مولاه؛ بل في شرح الاستاد أنه المشهور غاية الاشتهار

---

(١) الوسائل الباب -٦- من ابواب الحيوان الحديث ٢

بين المتقدمين والمتأخرين المدعى عليه الاجماع، معبراً عنه بلفظه الصريح من جماعة وبمايفيده بظاهره بعبارات مختلفة من نقلة متعددين، كمذهب الامامية ومذهب اصحابنا وعندنا .

وفي الرياض أنه الاشهر بين أصحابنا كما حكاه جماعة منا، وهو الظاهر من تتبع كلماتهم جداً حيث لم أقف على مخالف لهم في ذلك الانادراً للاصل في كثير من الموارد مؤيدا بأنه مملوك ، فلا يكون مالكا ، لان مالكيته لغيره فرع مالكيته لنفسه وبأن مايكتسبه العبد من فوائد ملك المولى ،فيكون تابعاً له بل قيل أنه لايعقل ملك المملوك على وجه يختص به دون مولاه، لان نفسه وبدنه وصفاته التي من جملتها سلطانه مملوكة فسلطان السلطان غالب عليه ؛ و إليه يرجع ما عن المختلف من أنه لوملك لما جاز للمولى أخذه منه قهرا، والتالي باطل اجماعاً ولماروا ه محمد بن اسماعيل في الصحيح(١) عن الرضا عليه السلام « سألته عن رجل يأخذ من أم ولده شيئا وهبه لها بغير طيب نفسها من خدم أومتاع أيجوز ذلك ؟ قال :نعم إذا كانت أم ولده» .

و في شرح الاستاد « أنه يجوز للسيد أن يأخذ ما في يد العبد قهراً بالاجماع محصلا ومنقولاً » بل ظاهره في مقام آخر أن المراد بالاخذ ما يشمل التملك ، فضلا عن التصرف، وبغير ذلك ولقوله تعالى (٢) « ضرب الله مثلا عبداً مملوكاً لايقدر على شيء ومن رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سراً وجهراً هل يستوون » فان وصف العبد بعدم القدرة بمنزلة الحكم عليه بذلك، لان الصفة كاشفة بقرينة السياق والمقام ، وإن كان الأصل فيها التخصيص ؛ بل قيل أن قصد التقييد لايبقي للمملوكية خصوصية ؛على أن الاقتضاء الذاتي أدخل في ضرب المثل ، و أوفق بارادة البرهان على عدم القدرة .

هذا كله مضافاً إلى صحيح زرارة (٣) عن أبي جعفر عليه السلام المستفاد منه المراد

(١) الوسائل الباب ـ ١ـ من ابواب الاستيلاد الحديث ـ ٢

(٢) سورة النحل الاية ٧٥

(٣) الوسائل الباب ٣٥ ـ من ابواب مقدمات الطلاق و شرائطه الحديث ـ ١

من الآية « قال : المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا باذن سيده ، قلت فان السيد كان زوجه بيد من الطلاق ؟ قال : بيد السيد « ضرب الله مثلا عبدا مملوكا » إلى آخره أفشيء الطلاق » و موثق شعيب (١) سئل أبو عبدالله ﷺ وأنا عنده عن طلاق العبد ؟ فقال : ليس له طلاق ولا نكاح أما تسمع قوله عبدا مملوكا » الحديث إلى آخره .

وحينئذ فالحكم على العبد بعدم القدرة على شيء يقتضي نفي القدرة له على الملك الحاصل بواسطة الأسباب الاختيارية ، لأن الشيء نكرة في سياق النفي فيكون للعموم ، ولدلالة الإخبار على ارادته منه. فيتناول ماذكرناه، ومتى ثبت امتناع الملك الاختياري للعبد ثبت امتناع الملك القهري له أيضا للاجماع كما في مصابيح العلامة الطباطبائي على نفي التفصيل بهذا الوجه ، ولقوله تعالى (٢) « ضرب لكم مثلا من أنفسكم هل لكم مما ملكت أيمانكم من شركاء فيما رزقناكم ، فانتم فيه سواء » فان الاستفهام فيه انكاري تقتضي امتناع الشركة بين الاحرار والمماليك بوجه ، ولو صح ملك العبد لأمكن ذلك قطعاً ، والمراد من الموصول في قوله فيما رزقنا كم جنس الاموال التي رزق عباده لا خصوص الاعيان التي رزقها الاحرار ، اذ لا دلالة في ذلك حينئذ على رفعة شأن الموالي وضعة المماليك ونقصهم لان التساوي بهذا الوجه منفي في حق الاحرار أيضاً .

وعلى كل حال ففي الايتين اشارة إلى تقرير الامتناع العقلي في تملك المماليك وللنصوص التي تسمعها في المسألة الثانية الدالة على أن العبد إذا بيع كان مافي يده قبل البيع لسيده؛ إلا أن يدخل في المبيع أو يشترطه المشتري ، ولو كان العبد مالكا لاستمر ملكه له بعد البيع ، ولم يكن شيء من ذلك للبايع ولا للمشتري لانتفاء الناقل

(١) الوسائل الباب - ٦٦ - من ابواب نكاح العبيد و الاماء الحديث - ٢

(٢) سورة الروم الاية - ٢٨

عنه، ولاكان للسيد بيع المال معه، لعدم مالكيته له وهو ظاهر.

ومن ذلك يعلم وجه دلالة النصوص المتضمنة أن العبد إذا اعتق كان ما في يده قبل العتق لمولاه، إلا إذا أقره في يده، فهي دليل آخر على المطلوب أيضاً، ولان العبد إذا مات وترك مالاكان في يده، فإنه لمالكه بالاجماع والنصوص المستفيضة، ولو صح ملك العبد لزم أن يكون المال ميراثاً للمولى، لانه مال انتقل اليه بموت مالكه؛ ولا نعني بالميراث إلا ذلك والتالي باطل للاجماع كما في المصابيح على أن الحر لايرث عبداً وفي الصحيح المروي (١) عن ابي جعفر و أبي عبدالله عليهما السلام بطرق متعددة « أنه لايتوارث الحر والعبد » فالمقدم اعني مالكية العبد مثله، ولايلزم ذلك على القول بانتفاء الملك، لان ما في يد العبد ملك للمولى قبل موته فلايكون منتقلا إليه بعده حتى يكون ميراثا .

وللصحيح (٢) عن محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام « أنه قال : في المملوك مادام عبداً فإنه وماله لاهله لايجوز له تحرير ولاكثير عطاء ولاوصية إلا أن يشاء سيده » بل عن المصابيح أنه صريح في المطلوب، وقوله « الا أن يشاء سيده » إنما يدل على جواز تصرف العبد باذن مولاه، ولادلالة فيه على الملك بوجه والمراد من الوصية أن يوصي بماله لغيره، فإنه جائز مع اذن المولى؛ لاأن يوصى له، حتى يدل على الملك، مع أن في دلالته عليه نظر فتأمل .

ولصحيح محمد بن مسلم (٣) « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل ينكح أمته من رجل أيفرق بينهما إذا شاء؟ فقال : إن كان مملوكه فليفرق بينهما إذا شاء، إن الله تعالى يقول « عبدا مملوكا لايقدر على شيء فليس للعبد شيء من الامر » فإن قوله

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب موانع الارث الحديث ١ الى ٥

(٢) الوسائل الباب ٧٨ من ابواب احكام الوصايا الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ٦٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٨

فليس للعبد شيء من الامر بعمومه يشمل التصرف والملك ؛ فيدل على عدم الملك ولصحيح عبدالله بن سنان (١) «قلت لابي عبدالله عليه السلام : مملوك في يده مال أعليه زكاة ؟ قال :لا قلت: ولا على سيده قال : لا لانه لم يصل إليه، وليس هو للمملوك » .

إذ حكمه بنفي الملك عن العبد لما في يده يدل على استحالة ملكه، وإلا أمكن أن يكون له قطعا، فلا يصح الحكم بأنه ليس له مطلقا ، ولا يتم التعليل بانتفاء الملك في عدم الزكاة ، و للنصوص الواردة في الوصية وغيرها على اختلاف في الدلالة في الظهور، كالصحيح(٢) « في مكاتب كانت تحته امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصية فقال :أهل الميراث لاتجيز وصيتها أنه مكاتب لم يعتق ولا يرث ، فقضى أنه يرث بحساب ما أعتق منه؛ويجوز له الوصية بحساب مااعتق منه، و قضى في مكاتب أوصى له بوصية وقد قضى نصف ماعليه ، فأجاز نصف الوصية » الحديث الدال على المطلوب من وجوه .

أقواها تعليل الورثة عدم الاجازة بأنه عبد مملوك لم يعتق ، ضرورة ظهوره في اشتهار عدم ملكه للوصية بالعبودية في تلك الازمنه؛ و كالاخبار المتواترة(٣) المجمع عليها الدالة على نفي الموارثة بالرقية ، بل جعل بعضهم ذلك دليلا مستقلا ، فقال : إنه لو ملك لدخل المال في ملكه ، بالاسباب الموجبة للدخول من غير اختيار ، كالميراث وشبهه،والتالي باطل إجماعاً فكذا المقدم، وإن كان قد يناقش في الملازمة بعدم الدليل عليها ، فيحتمل المنع تعبداً ، كالقاتل المعلوم صلاحيته للملك إجماعاً، و كالنصوص (٤) الواردة في وصية المولى لمملوكه بثلث ماله ، وأنه يعتق بحسابه، ومن هنا قيل : إن تتبع المقامات المتفرقة في الفقه، المسلمة بين الجميع، كعدم وجوب

---

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب من تجب عليه الزكاة الحديث ٤

(٢) الوسائل الباب ٨٠ من ابواب أحكام الوصايا الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ١٦ من ابواب موانع الارث

(٤) الوسائل الباب ٨٢ من ابواب احكام الوصايا

الزكاة بل إستحبابها؛ مع ثبوتها في مال الطفل والخمس والحج والكفارات ونفقة القريب ، ومن في يده من العبيد، ومنعه من التصرفات وإن لم يكن مولاه قابلا للولاية، وعدم ابقاء ما في يده مع بيعه واعتاقه، وعدم ضمانه لمتلفاته إلا بعد عتقه ، وعدم استحقاقه للارث إلا بعد عتقه ؛ و انتقال ماله بموته للمولى ، و عدم جواز الوصية له ، والوقف عليه، وعدم حرمة التصرف بضروبه حتى التملك على مولاه، مع حرمة التصرف بأموال الناس، وتملك المولى ماكان من فوائد البدن كالحمل واللبن وعوض البضع ونحوه ممالاريب في أولوية الخارج منه ، وصرف الوصية له من المالك إلى عتقه ، كصرف الوصية لام الولد إلى عتقها من الثلث ثم اعطاء الوصية وغيرذلك ـ مما يورث الفقيه القطع بعدم قابليته للملك ، فلاتقدح المناقشة في كل واحد منها .

مضافا إلى أن القول بملكه يستلزم جواز تملك كل من العبدين صاحبه في بعض الصور ؛ أللهم إلا أن يمنع الملازمة؛ فا ن القابلية للملك أعم من اقتضائها ذلك كيف كان، إذ الحر يملك ولايملك أبويه، وقد يناقش بأن الحر يملك إلا انهما ينعتقان عليه قهرا ، فالملك حاصل زمانا ما قبل العتق ، أو متقدم عليه ذاتا كتقدم العلة على المعلول فتأمل جيداً والله أعلم .

هذا كله في القول بعدم الملك ﴿ وقيل يملك فاضل الضريبة ﴾ خاصة التي يضربها عليه مولاه ، الا اني لم أعرف القائل به بالخصوص . وان نسب الى الشيخ في النهاية والقاضي الا ان الذي عثرت عليه في الاول مع عدم اختصاصه بفاضل الضريبة ، صريح في ارادة ملك التصرف كما حكاه عنه في الدروس لاالرقبة ، قال «المملوك لايملك شيئا من الاموال مادام رقا ، فان ملكه مولاه شيئا ملك التصرف فيه بجميع مايريده ، وكذلك اذا فرض عليه ضريبة يؤديها اليه ، وما يفضل بعد ذلك يكون له جازذلك ، فاذا أدى الى مولاه ضريبة كان له التصرف فيما بقي من المال، وكذلك إذا أصيب العبد في نفسه بمايستحق به الارش كان له ذلك ،وحل له التصرف فيه ، وليس له رقبة المال على وجه من الوجوه.

ونحوه عن القاضي ولذا نسبه اليهما في المحكي عن المهذب نعم قيل إن القول بذلك محكي عن الصدوق و الاسكافي حيث قالا : يملك العين لكن لامستقراً ؛ وفيه أنه أيضاً غير خاص بفاضل الضريبة .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ هو المروي ﴾ صحيحاً قال عمر بن يزيد (١) «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أراد أن يعتق مملوكاً له، وقد كان مولاه يأخذ ضريبة ضربها عليه في كل سنة ورضي بذلك المولى ، فأصاب المملوك في تجارته مالاسوى ماكان يأخذ مولاه من الضريبة قال : فقال : إذا أدى إلى سيده ماكان فرض عليه ، فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك قال : قال أبوعبدالله عليه السلام : أليس قد فرض الله تعالى على العباد فرائض ، فاذا أدوها إليه لم يسألهم عما سواها ، قلت: للملوك أن يتصدق مما اكتسب ويعتق بعد الفريضة التي كان يؤديها إلى سيده ؟ قال : نعم وأجر ذلك له، قلت : فا ن اعتق مملوكا مما اكتسب سوى الفريضة لمن يكون ولاء العتق ؟ قال : فقال : يذهب فيتولى إلى من أحب ، فا ذا ضمن جريرته وعقله كان مولاه ووارثه ، قلت: أليس قال رسول الله صلى الله عليه وآله :الولاء لمن اعتق ؟ قال : فقال :هذا سائبة لايكون ولاؤه لعبد مثله، قلت فان ضمن العبد الذي اعتقه جريته وحدثه أيلزمه ذلك ويكون مولاه ويرثه ؟ قال : فقال : لايجوز ذلك ولايرث عبد حراً»

مضافا إلى ما في كشف الاستاد من أن عقد الكتابة يقتضى عدم استحقاق المولى سوى مافرضه لنفسه ، فلولم يكن الفاضل للعبد ، بقي بلامالك ؛ ونوقش في الأول بأنه ـ مع قصوره عن معارضة غيره مما عرفت من وجوه ولو كان بالاطلاق أو العموم ومنافاته لمادل على الحجر عن التصرف على تقدير الملك ـ قابل للحمل على إرادة اباحة التصرف له باذن المالك لالاجل الملك ، لعدم اختصاص اللام به لغة ، والحكم فيها بصحة العتق والتصدق عن العبد يمكن أن يكون كذلك أيضاً . لان توقفهما على الملك ليس بمعنى عدم صحتها من غير المالك مطلقا ، بل مع عدم الاذن منه في التصرف

(١) الوسائل الباب ـ ٩ ـ من ابواب بيع الحيوان الحديث ـ ١ ـ باختلاف يسير

والاذن هنا متحقق بالفرض ، وأما اختصاص الاجر بـه فلان العبد هو المباشر للعتق والسبب التام فيه، لان المالك لم يقصد شيئاً منها بعينه، بل لم يطلب من العبد التصرف بما فيه الأجر فضلا عن خصوص العتق والتصدق ، ولذا أجاز أنواع التصرفات بأسرها ، وإن لم يكن فيها أجر، وفي الثاني بأنه لا منافاة بين كونه مالا للمولى وكونه محجوراً عليه . يملكه بعد تمام عتقه أو بعد وفاء بعضه فتأمل جيداً . فإنك تسمع انشاء الله في كتاب المكاتب المفروغية من ملك العبد فلاحظ وتأمل.

﴿ ويملك أرش الجناية ﴾ خاصة أو مع فاضل الضريبة خاصة ﴿ على قول آخر ﴾ لم أعرف القائل بكل منهما، كالقول بأنه يملك ما ملكه مولاه خاصة، أو مع أرش الجناية خاصة أو مع فاضل الضريبة فقط، أو الثلاثة وإن حكى جميع ذلك شيخنا في شرحه، بل وغيرها، فإنه قال بعد أن اختار عدم الملك، واستدل عليه : « فلا وجه للقول بأنه يملك مطلقا، ونسب إلى الأكثر في رواية، وإلى ظاهر الأكثر في اخرى ، أو يملك فاضل الضريبة فقط، أو أرش الجناية كذلك ونسبا إلى الشيخ وأتباعه، أو ما ملكه مولاه وربما عدمنه فاضل الضريبة، وما أذن له في ملكه أو المركب منها على اختلاف أقسامه ، أو يملك ملكا غير تام أو التصرف خاصة » ويمكن أن يكون المراد من ذلك الأعم من القول والاحتمال .

وعلى كل حال فلم أجد ما يشهد للقول بملك أرش الجناية سوى ما قيل من أن المولى إنما يملك خدمته والانتفاع به، وأما النفس فنفسه، وأما البدن فبدنه، وأرشهما له، ولم تتعلق التكاليف بهما، وفيه ما لا يخفى .

وسوى موثق اسحاق بن عمار (١) « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : ماتقول في رجل يهب لعبده ألف درهم؛ أو أقل أو أكثر فيقول : حللني من ضربي إياك ، ومن كل ما كان مني إليك، ومما أخفتك وأرهبتك، ويحلله و يجعله في حل رغبة فيما أعطاه، ثم إن

---

(١) الـوسائل الباب ــ ٩ ــ من ابواب بيع الحيوان الحديث ــ ٣ ـ مع اختلاف يسير

المولى بعد أن أصاب الدراهم التي أعطاه في موضع وضعها فيه العبد فأخذها السيد المولى أحلال هي له؟ قال : فقال : لاتحل له، لأنه افتدى بها نفسه من العبد، مخافة العقوبة والقصاص يوم القيامة ' قال : فقلت له : فعلى العبد أن يزكيها إذا حال عليها الحول ؟ قال : لا إلا أن يعمل له فيها؛ ولا يعطي من الزكاة شيئاً »

وفيه ـ مع أنه ليس من أرش الجناية . أللهم الا أن يدعى أولويته مما الذي هو ليس عـوض جناية ، مع أنه من المولى ، فالجناية من الغير حينئذ أولى . ويناقش بمنع الأولوية، ومنع القول بما في مضمونه، حتى تكون الاولوية معتبرة .

ـ أنه قاصر عن معارضة غيره سنداً بل ومتناً ، خصوصا مع اشتماله على ما حكي الاجماع على خلافه، من منع المولى انتزاع ما في يد العبد ، وثبوت الزكاة على العبد وخصوصا مع ظهور ذيله في موافقة العامة هذا .وتسمع انشاء الله في كتاب القصاص والديات المفروغية من ملك السيد أرش جناية العبد الذي هو مملوك له، والارش جبر تفاوت ما مضى من ملكه.

وعلى كل حال فقد ظهر لك ضعف القول بملك ذلك خاصة، وقوة القول بعدم ملكه، ولكن مع ذلك مال المصنف إلى القول بالملك مطلقا ، فقال : ﴿ ولو قيل يملك مطلقا لكنه محجور عليه بالرق حتى يأذن له المولى ﴾ للآية (١) والاجماع بقسميه كالاجماع الذي سمعته سابقاً على أن للمولى إنتزاع ما في يد العبد قهرا عليه ﴿ كان حسنا ﴾ بل ظاهر الشهيد في الحواشي اختياره ، وقد سمعت أن الاستاد حكى نسبته إلى الاكثر في رواية ، وإلى ظاهر الاكثر في أخرى، لكن الذي عثرت عليه من ذلك ما في الدروس والمسالك ؛ ففي الاول « اختلف في كون العبد يملك ، فظاهر الاكثر ذلك » وفي النهاية «يملك ما ملكه مولاه» إلى آخره وفي المسالك « القول بالملك في الجملة للاكثر» وهما معا ليس في الملك مطلقا .

وكيف كان فيدل على ذلك ـ مضافا إلى أنه يحصل به الجمع بين ما يقتضي

---

(١) سورة النحل الاية ـ ٧٥

الملك ، وبين ما يقتضي عدمه، بحمل الثاني على الحجر وجواز الانتزاع، فكان ملكه غير ملك، لانتفاء هذين اللازمين اللذين هما كالركن في الملكية ـ إطلاق مادل على حصول الملك بتحقق أسبابه ، فإنه يشمل الحر و المملوك ودعوى الانصراف إلى الاول ـ ولو بسبب معلومية حجر العبد، وعدم جواز تصرفه ، ـ ممنوعة خصوصا في نحو الحيازات للمباحات، إذ دعوى عدم ملكه لها ـ وإن وقع منه الحيازة كدعوى ملك المولى لها، بمجرد حيازة العبد لها بغير إذنه ـ لاتخلو من نظر اللهم إلا أن يدعى أن مثل ذلك نماء الملك فيتبعه فيه، لان نماء كل شيء بحسب حاله، فتأمل جيداً .

ومايستفاد من تضاعيف الادلة من قابلية العبد للملك في الجملة ، منها ماسبق ، ومنها ماتسمعه ، فلامانع حينئذ لان يعمل السبب مقتضاه ، وليس في الادلة ما يصلح للتقييد والتخصيص ، كما أنه ليس فيها ما هو صريح في نفي قابلية الملك ، إذ المنساق من الاية الاولى(١) إرادة الحجر في التصرفات ، خصوصا بعد قوله « ومن رزقناه » إلى آخره ، لا أن المراد عدم قابلية التملك أصلا حتى مع إذن المولى .

والنصوص المتضمنة لتفسير الاية ـ مع أنه يجب تقييدها بما إذا كان متزوجا أمة المولى بما تعرفه في باب النكاح من أن المشهور كما قيل كون طلاق غيرها بيده ـ كالصريحة في إرادة عدم القدرة بدون الاذن خصوصا مثل صحيح العقر قوفي (٢) عن ابي عبدالله ﷺ « قال : سئل وأنا عنده أسمع عن طلاق العبد ؟ قال : ليس له طلاق ولانكاح ، أما تسمع الله يقول (عبداً مملوكا لايقدر على شيء) ، قال : لايقدر على نكاح ولاطلاق إلا باذن مولاه » .

هذا كله بعد الاغضاء عن دعوى كون الوصف كاشفا غير مخصص ، ومن الاية الثانية (٣) إرادة عدم الاشتراك من حيث العبودية، لامايحصل بالاسباب الاخر التي منها

---

(١) سورة النحل الاية ـ ٧٥

(٢) الوسائل الباب ـ ٦٦ ـ من ابواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ـ ٢

(٣) سورة الروم الاية ـ ٢٨

تمليك السيد ، خصوصا بعد المروي في دعائم الإسلام(١) عن علي وأبي جعفر وأبي عبدالله عليهم السلام « أنهم قالوا العبد لايملك شيئاً إلاما ملكه مولاه ، ولايجوز له أن يعتق ولايتصدق مما في يده إلاأن يكون المولى أباح لهذلك أواقطعه مالامن ماله أباح له فعله أوجعل عليه ضريبة يؤديها إليه وأباح لـه ما أصاب بعد ذلك ، هذا معنى ما رويناه عنهم عليهم السلام وإن اختلف لفظهم فيه » بل هو من أدلة المسألة كالمروي فيها أيضا عنه (٢) عن جعفربن محمد عليه السلام « أنه سئل عـن رجل بـاع عبداً فوجد المشتري مع العبد مالاًقال : المالرد على البايع إلا أن يكون قداشترطه المشتري؛ لانهباع نفسه، ولم يبع ماله» الحديث .

وصحيح زرارة (٣) « سألت أباجعفر عليه السلام عن رجل أعتق عبدا وللعبد مال ؛ لمن المال ؟ فقال : إنكان يعلم أن له مالاتبعه ماله ، وإلافهوله » وصحيحه الاخر(٤) عن ابى عبدالله عليه السلام « إذاكاتب الرجل مملوكه أوأعتقه وهويعلم أن له مالا ولم يكن السيد استثنى المال حين أعتقه؛ فهوللعبد » ونحوهما صحيح عبدالرحمان (٥)

والنصوص جميعها يمكن الجواب عنها بالتزام مافي بعضها ، وإنكان مخالفا لقواعدالملك كما قلناه في الحجر ، وجوازالانتزاع وتخيرالامة بعدالعتق بالبقاء على التزويج وعدمه ، وغيرذلك مماقيل بـه للادلة ، وبحمل الآخرعلى إرادة الحجر وجوازالانتزاع، فملكه في الحقيقة ليس ملكا ،أما قابليته للملك كقابليته لساير التصرفات إذهوانسان عاقل، وربمافاق الكثيرمن الاحرار ، فلايقاس على البهائم فلا دلالة فيها علـى نفيه .

نعم سلطان المولى عليه ؛ وعلى مافي يده كسلطان الله على العباد ومافي أيديهم

---

(١) المستدرك ج٢ ص ٤٨٥

(٢) المستدرك ج٢ ص٤٨٥

٣ـالوسائل الباب ٢٤ من ابواب العتق الحديث ٢ـ

(٤و٥) الوسائل الباب ٢٤ منابواب العتق الحديث ـ١ ـ٦

على وجه لاينا في الملك الذي أناطه الله تعالى باسبابه لا جراء بعض الاحكام عليه، ولعل في الاية الثانية (١) إشعارا بذلك ، ضرورة كون المراد نفي شركة العبد مع المولى كنفي شركة العباد مع الله تعالى شأنه .

ويؤيد ذلك كله إضافة المال إلى العبد في النصوص الكثيرة المتفرقة في الابواب الذي لايسع الفقيه حصرها، على وجه يقطع بعدم إرادة الأدنى ملابسة منها الذي هو ضرب من المجاز فيها ، ولايناسبه هذه الكثرة المجردة عن القرينة ، وماتقدم في بـاب الربا من نفيه بين السيد والعبد ؛ كالولد والوالد الظاهر في ثبوت الملك لـه أيضاً .

وقوله تعالى (٢) « وأنكحوا الايامى منكم » الاية بناء على أن الضمير في قوله يكونوا راجع إلى المذكورين سابقا ومن جملتهم العبيد والاماء ، فيدل الجزاء على توقع الغناء وإمكانه في حقهم؛ وهو يدل على الملك إذلاغناء بمال مملوك ، ودعوى أن المراد من الغناء رغد العيش وسعته ولو بالاباحة، فلاينافي ثبوته للعبيد، فا ن حالهم في ذلك تابع لحال الموالي غالباواضحة المنع .

نعم قد يقال أن المراد من الضمير غير العبيد ، إذلو أريد الاعم لم يكن عدمه في حق المماليك مانعاً لهم من التزويج، لثبوت المهر والنفقة على المولى إذاكان النكاح باذنه ، ولاوجوده مرغبا، لتحقق الحجر المانع من التصرف وإن حصل الملك، وهو خلاف مايقتضيه سياق الاية، والصحيح عن أبي جرير (٣) « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قال لمملوك له :أنت حر ولي مالك، قال : لايبدء بالحرية قبل المال ، يقول لي : مالك وأنت حر برضاء المملوك » .

والمناقشة في سنده ــ باشتراك أبي جرير، وبالاضطراب ، لان ثاني الشهيدين

(١) سورة الروم الاية ٢٨
(٢) سورة النور الاية ٣٢
(٣) الوسائل الباب ٢٤ من ابواب العتق الحديث ـ ٥

رواها في موضعين عن جرير أحدهما عن أبي الحسن عليه السلام، والآخر عن الصادق عليه السلام. مع أن عن بعضهم نفي روايته عن الاول بلاواسطة، وفي روايته عن الثاني كذلك الكلام المشهور؛ وعن النجاشي عن يونس أنه لم يسمع من الصادق عليه السلام الاحديثين - لاتقدح بعد الانجبار والاعتضاد بما عرفت، كالمناقشة في متنه - بأن الاضافة على التوسع، واعتبار رضا المملوك على الندب، كما يشهد له وقوع الامر باعتباره في حيز النهي عن تقديم العتق على ذكر المال، المعلوم أنه ليس على التحريم، - إذ هي كما ترى تكلف بلاداع ولاشاهد.

والصحيح عن الفضيل بن يسار(١) قال: «قال: لي عبد مسلم عارف أعتقه رجل فدخل به على أبي عبدالله عليه السلام فقال له: من هذا السندي فقال: رجل عارف وأعتقه فلان فقال أبوعبدالله عليه السلام: ليت إني كنت أعتقته، فقال السندي لابي عبدالله عليه السلام إني قلت لمولاي: بعني بسبعمائة درهم، وأنا أعطيك ثلاثمائة درهم، فقال له أبوعبدالله عليه السلام: إن كان يوم اشترطت لك مال فعليك أن تعطيه، وإن لم يكن لك يومئذ مال فليس عليك شيء».

والمناقشة في سنده -بأن الراوي فيها العبد الذي لم يظهر من الرواية إلا كونه مسلما عارفا، ولا يكفي ذلك في التوثيق، وفي المتن بأن الاضافة بأدنى ملابسة، وايجاب الدفع عليه بكون المال ملكا للبايع، وإنما جوز له بتعيينه المقدار تصرفه فيما عداه فيبقى المنع فيه ثابتا، فلا يكون دالا على الملك - كما ترى خصوصا الثانية، وموثق اسحاق بن عمار(٢) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام، «أن عليا عليه السلام أعتق عبداً له فقال إن ملكك لي ولك وقد تركته لك».

والمناقشة فيه - بأنه؛ غير دال على ملك العبد بوجه، لان الخلاف في ملك العبد للمال، ومقتضى الرواية ملك الرقبة مجازا بناء على أن له في نفسه حقاً وليس ذلك

---

(١) الوسائل الباب ٥١ من ابواب العتق الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ٢٤ - من ابواب العتق الحديث -٧-

من محل النزاع في شيء ، وحمل الملك هنا على ملك المال مع مخالفته لظاهر اللفظ لاوجه له، لانتفاء الشركة فيه على القولين، فان مايكتسبه العبد لنفسه إما أن يكون له بأسره، أو ينتفى عنه بأسره ؛ فالتفصيل خلاف الاجماع ، وحمل الشركة على المجاز يقتضي سقوط الاستدلال ـ يدفعها انسياق ارادة الاخير منها على أن للمولى انتزاع ما في يد العبد وتملكه فهو له حينئذ من هذه الجهة، وللعبد باعتبار ملكيته لنفس المال على الوجه المزبور بل لاريب في صلاحية ذلك وجها للجمع بين ما يقتضي ملك السيد وما يقتضي ملك العبد متمما نفيه عنه بارادة الحجر عليه فيه ، بل هو اولى من الجمع بحمل الاول على الحقيقة؛ والثاني على إباحة التصرف باذن المولى، وأن الاضافة لادنى ملابسة ،ونحو ذلك مما لايخفى على المتأمل عدم قابلية مجموع الادلة له ، فظهر من ذلك كله قوة ما استحسنه المصنف، ومايقال ـ من منع المكافاة لما دل على نفي الملك لكثرته، ووضوح سند أكثره ؛ واعتضاده بالشهرة، كما عن التذكرة وموافقة ظاهر الايتين المتقدمتين ، ومطابقة الاصول والقواعد ، ومناسبة الاحكام الكثيرة المتفرقة في مسائل الفقه وأبواب الحديث، كما سبقت إليه الإشارة ، فيجب تأويل مادل على الملك ، أوحمله على التقية ، لموافقته لمذهب كثير من العامة ، فقد نقلوا القول بالملك عن مالك والشافعي في القديم وأهل الظاهر وأحمد بن حنبل .

ـ قد عرفت اندفاع كثير منه وربما كان حمل مادل على نفي الملك على التقية أولى، لانه مذهب أبي حنيفة المعلوم شدة التقية منه ، والثوري واسحاق وأحمد في إحدى الروايتين، والشافعي في الجديد ، وأيضا قد يقال، إن المراد من النصوص الدالة على أن ماله لمولاه إذا بيع أو أعتق أومات هو بقاء سلطنة البايع عليه التي ثبتت على المال حال العبودية، ولادليل على زوالها بزوال الملك، بل ظاهر قوله ﷺ إنما باع نفسه ولم يبع ماله » خلافه ، ودعوى الاجماع على الانتقال إلى ملك المولى ممنوعة أشد المنع، ولو سلمت ثبت المطلوب،ضرورة إقتضاء الانتقال كون المال ملكا للعبد حتى يتجه انتقاله .

نعم المسلم منه ومن النصوص بقاء السلطنة التي كانت للمولى قبل البيع والعتق والموت، فلا يبعد التزام كون الرقية باقية على حكم مال العبد؛ وإن كان سلطان التصرف للمولى ولا يعارضه سلطان المولى الثاني أو حرية العبد نفسه، بعد تعلق حق المولى الاول على وجه لا شركة معه، وبذلك ينكشف الاشكال عن الحكم في النصوص المزبورة، كما أنه يظهر منه عدم كون ذلك من الارث في حال الموت؛ بل هو شيء ثابت للسيد حال الحياة هذا .

ومن مجموع ما ذكرنا يظهر لك وجوه المركبات ، ولعل القول السادس الذي هو ملك غير تام يرجع إلى ما قلناه كما يؤمي إليه ما ذكر مستنداً له ، من أنه مقتضى الجمع بين ما دل على سلطان المولى على منعه من التصرف، بل عدم جواز تصرفه إلا باذنه، وبين ما دل على ملك العبد، بالحمل على الملك الغير التام؛ وأما السابع فقد قيل : إن مستنده قيام الاجماع وشهادة الأخبار بأن المولى إذا أذن لعبده في التصرف جاز للعبد ذلك ، وهو ملك التصرف، ففيه أن الفرق بين ملك التصرف و إباحته غير واضح ، والقياس على النكاح والتحليل يدفعه أن للبضع حكماً آخر ؛ ولذلك لا يدخله صلح ولا معاوضة بوجه من الوجوه والله أعلم .

وعلى كل حال فلو كان في يد العبد المسلم عبد مسلم ، ومولاه كافر ففي شرح الأستاد بيع على جميع الأقوال، ولو انعكس بأن كان المولى مسلما والعبد كافرا ، وكان في يده عبد بيع على القول بملكية العبد، أو تملكه المولى بناء على أن له الانتزاع الشامل للملك، دون القول بعدم ملكيته، ولو وطىء العبد جاريته من دون اذنه، حد على القول بعدم ملكه حد الزاني، وعزر على القول بالملك ؛ ولا يجوز للمولى وطىء من تحت يد مملوكه من دون إذنه على القول بملكه إلا أن يقصد الملك .

وفي شرح الاستاد لا يبعد جعل التصرف مملكا، وفيه بحث، ولا يصح له نكاحها الا على القول بملكية العبد، ولو وهب كل من السيدين عبده لعبده الاخر دفعة بطل على القول بالملك : إذ لا يكون السيد ملكا لعبده؛ وكذا مع جهل التاريخ ، ومع

العلم به يملك السابق اللاحق دون العكس ، ولو علم تاريخ أحدهما ففي الحكم بتاخير المجهول عنه إشكال ذكرناه غير مرة ، إلى غير ذلك من الاحكام المتفرعة على القولين من الاستطاعة ووجوب وفاء الدين، والانفاق ونحو ذلك كما هو واضح وليس منه على الظاهر .

المسألة ﴿ الثانية ﴾ التي هي ﴿ من اشترى عبداً له مال كان ماله لمولاه، إلا أن يشترطه المشتري ﴾ أو تكون قرينة على التبعية لثبوت الحكم المزبور على القولين ، أما على القول بأن الملك للسيد فواضح؛ ضرورة عدم اندراج المال في اسم العبد؛ بل إضافته إليه إنما هي لادنى ملابسة ؛ وأما على القول بأن الملك للعبد ، فلا نتقاله عنه بالبيع إجماعا محكيا في شرح الاستاد بل فيه الاستدلال عليه به، وبظاهر الاخبار على تقدير الملك ، لكن ستسمع في المسألة الثالثة عبارة عن المبسوط تنافي ذلك، للحكم فيها بالبقاء على ملك العبد .

وعلى كل حال فيما إن تم أولهما الحجة في ذلك ، كما أن الاخبار الحجة على انتقاله إلى البايع دون المشترى، قال محمد بن مسلم (١) « سألت أحدهما عليه السلام عن رجل باع مملوكا، فوجد له مال، فقال : المال للبايع ، إنما باع نفسه؛ إلا أن يكون شرط عليه أن ما كان له من متاع فهو له، وفي خبر يحيى وأبى العلا (٢) « عن أبى عبدالله عن أبيه عليهما السلام أن علياً عليه السلام قال : من باع عبداً وكان للعبد مال فالمال للبايع إلا أن يشترطه المبتاع ، أمر رسول الله صلى الله عليه وآله بذلك » إلى غير ذلك من النصوص، ولا استبعاد في ذلك ، لجواز اشتراط ملكه ببقائه في يد مولاه، ويكون خروجه بمنزلة موته الناقل لماله إليه ، أي على حسب انتقال مال الوصية إلى الموصى له؛ لا انتقال ارث، لما عرفت من عدم التوارث بين العبد والحر، وتغير الحكم بالانتقال غير عزيز ،

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب بيع الحيوان الحديث-١

(٢) الوسائل الباب - ٧ - من ابواب بيع الحيوان الحديث -٢- لكن عن يحيى بن أبى العلا مع اختلاف يسير

كما في رجوع أمر نكاح العبد إلى مشتريه وإلى زوجته إذا أعتقت .

ومن ذلك يظهر لك ما في المسالك من إشكال الحكم بكونه للبايع على تقدير الملكية ، بأن ملك مالك لاينتقل عنه إلا برضاه ، والحال أن العبد لا مدخل له في هذا النقل ، ثم انه بعد أن اعترف بأن هذه المسألة ذكرها من ملكه ومن أحاله؛ قال : « ولا يندفع الاشكال إلا إذا قلنا بأن المراد بملكية العبد تسلطه على الانتفاع بما قيل تملكه له، لاملك الرقبة كما نقله في الدروس عن بعض القائلين بالملك ، فيكون الملك على هذا الوجه غير مناف لملك البايع ، لرقبته على وجه يتوجه به نقله إلى المشترى او بقاؤه على ملكه، وفيه ماعرفت مضافا إلى ماتقدم سابقاً من عدم وضوح الفرق بين ملك التصرف وإباحته فتأمل جيداً .

على أنه لايتم على ظاهر المصنف فانه مال إلى ملك العبد مطلقا مع حكمه بذلك، وهو صريح في إرادة ملك الرقبة كما اعترف هو به بعد ذلك ، وقال أللهم إلا أن يحمل على ظاهر النص الدال على هذا الحكم ، فيرد حينئذ بأنه دال على عدم ملك العبد لئلا يناقض الحكم المتفق عليه من عدم ملكية شخص مال غيره إلا برضاه ، وهو كما ترى لايخلو من تناقض ، وما ذكره من الاتفاق بحيث يشمل ملك العبد المخالف لاحوال الملك بالحجر وبجواز الانتزاع وبغيرهما واضح المنع، فتأمل .

وكذا يظهر ما في المصابيح من الاستدلال بهذه النصوص على عدم الملكية ، قال : « لانه لو كان ما في يد العبد له، لاستمر ملكه له عليه بعد البيع، ولم يكن شيء من ذلك للمشترى ، ولا البايع ؛ لانتفاء الناقل عنه، ولا كان للسيد بيع المال معه ،لعدم مالكيته له، وهو ظاهر ، بل تعجب من الأصحاب حيث استدلوا بهذه على مالكية العبد، استنادا الى إضافة المال إليه فيها ؛ والظاهر منها الملك وهو ضعيف جداً لان الاضافة يكفي فيها أدنى ملابسة وظهورها في الملك مع تسليمه مدفوع بقيام القرينة الصارفة » .

قلت : قد عرفت عدم صرفها وأنه لامانع عن القول بملكه ثم الانتقال عنه بالبيع للبايع كالموت، على أنه لو سلم كون مثل ذلك قرينة صارفة أمكن حمل هذه النصوص

على أن المراد من مـال العبد فيهاماكان للمولى ، وأضيف إليه ككسوته وفـراشه ونحوهما ، لأن العبد لايصلح للملك أصلا ؛ فلايستدل بها عليه كماهوواضح ولولا الاجماع المدعى علـى الانتقال عـن العبد علـى القول بملكـه ؛ لكان وجها جيدا لهذه النصوص .

وربما يقال استثناء الاشتراط في هذه النصوص إنما يتجه على القول بالملكية؛ إذمعناه حينئذأن مال العبد إذا بيع للبايع، إلاإذا اشترط المشترى بقاؤه للعبد، لعموم قوله ﷺ (١) « المؤمنون عند شروطهم » أما على القول بأنه ملك للبايع فقد يشكل اشتراطه للعبد بعدم قابليته للملك فلا يصح الاشتراط؛ وحمله على ارادة إبقاء الاباحة خلاف الظاهر بل معلوم البطلان لظهور النصوص في خروجه بذلك عن كونه ملكا للبايع،وأمـا اشتراطه للمشترى ؛ فيشكل أيضا بـأن المعلوم من الشرط في الاعيان تمليكها بأسبابها من بيع أوهبة أونحو ذلك ؛ لا أنه هوبنفسه مملكا لها، بل أقصاه الالزام بمايقتضي تمليكها من الاسباب ، ولوسلم أعمية الشرط من ذلك ؛ أمكن منع جريان حكم المبيع عليه من القبض في المجلس لوكان صرفا ؛ وعدم جواز التفاضل لـوكان ربوياً ، والجهل وغيرهـا ، مع أن ظاهـر الاصحاب جـريان جميع ذلـك عليه لو اشترط .

أللهم إلاأن يلتزم الحاق ذلك بالمبيع ، أويراد بالشرط المذكورفي كلامهم الذي أجروا عليه الاحكام المزبورة بشرط التبعية فى البيع للعبد ، على معنى كونه مع ماله مبيعا فهوحينئذ ولوكان بالشرط كالمسألة الاتية التي ليست بصورةالشرط ؛ بل قديوجه الشرطية للمشترى على القول بالملكية أيضاً على وجه يكون مبيعا أيضاً، بأن للمولى التصرف بمال عبده قهراً عليه ، ومنه حينئذ بيعه فله اشتراطه حينئذ على وجه يكون مبيعا وإن لم يكن مالكا ، وعدم البيع الافي ملك مخصوص بذلك حينئذ ،

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب الخيار الحديث ـ ٢ و باب ٢٠ من ابواب المهور الحديث ٤.

أو يقال إن هذا التصرف بنفسه مملكا ، نحو ما سمعته في وطىء المولى جارية عبده؛ وان كان فيه مالايخفى .

نعم قد يشكل على الاول جريان أحكام الربا ونحوه على مثل هذا البيع لامكان دعوى ظهور أدلته في البيع للمالك ، لالنحو المقام الذي فرضنا المالك فيه العبد ، والبيع للمولى ، لكن ظاهر الاصحاب هنا جريان أحكام البيع بأسرها على تقدير الملك وعدمه كما يوضحه ماذكروه في المسألة الاتية ولعله لاطلاق الادلة أو عمومها .

نعم في شرح الاستاد أنه هل يلحق مال العبد بالتوابع كالشرب والطريق والحريم ونحوهما ، فيسوغ فيه مالايسوغ فيما يدخل في المبيع إصالة أولا؟ بل يجري فيه حكم الاصالة وجهان ، قلت : لاريب في قوة الثاني منهما ، لعدم التبعية المحققة في المقام ، فليس هو إلا بيعا أصليا ، بل لافرق في المشهور بين جعله شطرا أو شرطا لما عرفت من رجوع الثاني هنا عند التامل إلى الاول ، لكن في شرح الاستاد الاقوى أنه يجري في الثاني من المسامحة مالايجري في سابقه؛ فتأمل جيدا ، هذا

وفي المختلف بعد أن حكى عن ابن حمزة صحة البيع بغير جنس ما عند البيع إذا لم يعرف مقدار ما معه، وفساده إذا باع بالجنس لجواز تطرق الربا ، قال : «ولكن يبقى فيه إشكال من حيث أنه باع مجهولا ، إلا أن يقال إن المال تابع فجهالته لا تمنع صحة البيع » وهو مؤيد لما احتمله الاستاد في شرحه ، ولاريب في ضعفه إذا كان المراد كل ما كان للعبد، لامثل ثيابه ونحوها ؛ والله أعلم .

﴿ و ﴾ على كل حال فما ﴿ قيل : ﴾ في أصل المسألة كما عن ابن البراج من التفصيل بأنه ﴿ إن لم يعلم به البايع ﴾ أى بمال العبد ﴿ فهو له وإن علم فهو للمشترى ﴾ لحسن زرارة (١) « قلت : لابى عبدالله عليه السلام الرجل يشترى المملوك

---

(١) الوسائل الباب - ٧ من ابواب بيع الحيوان الحديث ٢-

وله مال ؛ لمن ماله ؟ قال : إن كان علم البايع أن لهمالا فهو للمشتري؛ وإنلم يكنعلم فهو للبايع » فواضح الضعف إذ الملك لاينتقل إلى المشتري بمجرد العلم من دون صيغة ؛ والخبرالمزبور قاصرعن مقاومة ماتقدم ، المعتضد بماسمعت ، وبأصالة بقاء ملك المولى بناء على ملكه ، وبقاء سلطانه بناء على عدمه ، وحيث سمعت الاجماع على الخروج عنالعبيد بقي سلطان مولاه بلامعارض ، إذلادليل يدل على دخوله في ملكالمشترى بعد فرض خروجه عن ملك العبد الذى ثبت سلطنة مولاه على ما هو مملوك لهكما ه‍.وواضح ﴿ و﴾ لذا كان ﴿ الأول ﴾ مع كونه اظهر ﴿ أشهر ﴾ فيمكن حل الخبرالمزبورحينئذ على اشتراط البايع للمشتري ذلك ، أوعلى أن ذلك قرينة عليه والله أعلم .

﴿ ولوقال ﴾ المملوك ﴿ للمشترى ﴾ مثلا ﴿ اشترني ولك علي كذا لم﴾ يصح فلا ﴿ يلزمه ﴾ ما جعل له ، ﴿ وإن اشتراه ﴾ أما على عدم الملك فواضح، وأماعلى الملك فللحجرعليه ؛ فيتوقف علىإجازة المولى كما في المسالكوغيرها ، لكن في شرح الاستاد « لايصح و لاتشتغل ذمة العبد له بشيء لوأتى بالعمل ، سواء كان للعبد مال أولا، ملكناه أولا، أذن السيد أولا إلا أن يعودإلى السيد فتشتغل ذمته دون العبدكما هوالمشهوربين الاصحاب شهرة تفيد الاجماع ، لانكل من ذكرهذا الفرع حكم بذلك ، والساكت بعد أن مهد قاعدة لا أهلية له لتملك عين ولامنفعة ، يستفادمنه امتناع أن يملك في ذمة المجعول له عملا ، لابعد العمل ولا قبله ، وأنه لا قابلية له في المعاملة الشاغلة للذمة، وعموم نفي قدرته في الكتاب أبين شاهد في هذا الباب » .

وفيه أنهلاوجه للمنع على القول بالملك مع الإذن من المولى في التصرف له فيماعنده منالمال ، سواءكان الجعل عيناً أوفي الذمة، ودعوى الشهرة التييستفاد منها الاجماع على ذلك ممنوعة أشد المنع ، كما لايخفى على من لاحظ كلماتهم .

خصوصاً ماذكروه فيما لوجعل للمولى ذلك على بيعه ، الذي رواه الفضيل (١) عن الغلام السندي عن الصادق عليه السلام ، المتقدم سابقا فإنهم قد صرحوا بالصحة حينئذ لحصول الإذن من المولى بسبب كون المعاملة معه ؛ قال في الدروس : « وروى فضيل « أنه لو قال لمولاه : بعني بسبعمأة ولك علي ثلاثمأة لزمه إن كان له مال » وأطلق في صحيح الحلبي (٢) « لزوم الجعالة البايعة » وقال الشيخ وأتباعه : « ولو قال لاجنبي اشترني ولك على كذا لزمه إن كان له مال حينئذ » وهذا غير المروى ، وأنكر ابن ادريس ومن تبعه اللزوم وان كان له مال ، بناء على أن العبد لا يملك ، والاقرب ذلك في صورة الفرض ، لتحقق الحجر عليه من السيد ، فلا يجوز جعله لاجنبي ، أما صورة الرواية فلامانع منها على القولين ، أما على انه يملك فظاهر ، وأما على عدمه فأظهر ، ونحوه غيره وهو جيد جداً .

ومنه يعلم النظر فيما ذكره الاستاد أيضا بعد ذلك « من أنه لو قال العبد لسيده : بعني أو ملكني من معين أو مطلقا ولك علي كذا ؛ فكما إذا قال للمشترى لما ذكرهناك ، ولانه لا يكون لصاحب المال على ماله مال ، وما في بعض الاخبار مما ينا فيه مطرح أو مأول بارادة الوعد ونحوه ، لقوة المعارض ، ولانه في الصورتين يلزم على القول بالصحة أما اشتغال ذمته بالدفع قبل انتقاله ، فذلك استحقاق قبل العمل ؛ مع أنه لا تصرف له بشيء ملكناه أولا وإن كان بعده كان ما في يده للبايع أو للمشترى فلا شيء له في الحالين حتى على القول بملكه ، لزواله بانتقاله ، فالاستحقاق عليه بعد انتقاله الملزوم لذهاب ماله و استحقاق المطالبة بعد العتق لاتصحح معاملته ، لان الاقدام عليه سفه ، ولو جاز ذلك لصحت إجاراته وجعالاته ، وباقي معاملاته » .

وهو كماترى فيه نظر من وجوه حتى في نفي الذمة للعبد على وجه المزبور ، وقاعدة عدم استحقاق المال على المال يمنع شمولها لنحو المقام ، وأقصى ما يسلم

(٢و١) الوسائل الباب ـ ١٩ من ابواب بيع الحيوان الحديث ١ ـ ٢

منها في جناية العبد على المولى مثلا ، فتأمل جيداً ﴿ وقيل ﴾ في مفروض المتن والقائل الشيخ وأتباعه كما سمعته من الدروس ﴿ إن كان له مال حين قال له لزم وإلا فلا وهو ﴾ غير ﴿ المروي ﴾ لما عرفت من مضمون خبري الفضيل (١) والحلبي (٢) في الجعل للمولى ، فلاريب حينئذ في ضعفه على القول بالملك وعدمه لما سمعت والله أعلم .

و لو قال للمولى اعتقني فلك علي كذا ففي شرح الأستاد « توقف شغل ذمة المولي بالاعتاق على شغل ذمة العبد الموقوف على الملك للعمل في ذمة المولى الموقوف على الاعتاق وأما الكتابة فحكم خاص » وفيه نظر يعرف مما تقدم أيضا والله اعلم .

المسألة ﴿ الثالثة ﴾ : قد تقدم ما يدل على أن مولى المملوك مثلا ﴿ إذا ابتاعه وماله ﴾ بناء على أنهما معا ملك له، ﴿ فإن كان الثمن من غير جنسه جاز مطلقا وكذا يجوز بجنسه إذا لم يكن ربويا ﴾ أو كان الربا بينهما منفيا ، ﴿ ولو كان ربويا وبيع بجنسه ﴾ على من يثبت الربا معه ﴿ فلابد من زيادة عن ماله تقابل المملوك ﴾ تخلصا من الربا كما هو واضح ، وفي الدعائم (٣) عن جعفر بن محمد عليهما السلام « فإن باعه بماله وكان المال عروضاً وباعه بعين فالبيع جائز كان المال ما كان ، وكذلك إن كان المال عينا وباعه بعروض ، وإن كان المال عينا و باعه بعين مثله لم يجز إلا أن يكون الثمن أكثر من المال ، فيكون رقبة العبد بالفاضل ، إلا أن يكون المال ورقا والبيع بتبر أو المال تبراً والبيع بورق فلابأس بالتفاضل ، لانه من نوعين » أما لو قلنا بملكه حقيقة لم يشترط في الثمن ماذكر لان ماله حينئذ ليس جزء من المبيع ، فلا يقابل بالثمن .

قلت : قد عرفت فيما تقدم أنه كذلك لو اشترط المشتري إبقاء مال العبد له ،

(١ و ٢) الوسائل الباب ١٩ ـ من ابواب بيع الحيوان الحديث ١ ـ ٢

(٣) الدعائم ج ٢ ص ٥٤

أما لو كان الشرط كون المال للمشتري ، فقد سمعت قوة جريان الربا فيه أيضا ، بناء على جواز هذا التصرف للسيد ، فلاحظ و تأمل جيدا هذا. ولكن في الدروس « ولو اشتراه و ماله صح و لم يشترط علمه ولا التفصي من الربا إن قلنا يملك و إن أحلناه اشترطناه، ورواية زرارة مصرحة باطلاق جواز زيادة ماله على ثمنه» .

قلت : هي قول زرارة في الصحيح (١) لابي عبدالله عليه السلام « الرجل يشتري المملوك وماله فقال : لابأس به؛ قلت : فيكون مال المملوك اكثر مما اشتراه به قال: لابأس به » و ظاهر الشيخين في المقنعة والنهاية والمحكي عن سلار الفتوى بمضمونه بل هو مقتضى اطلاق المحكي عن ابن البراج و أبي الصلاح ، ومقتضاه حينئذ عدم الربا في ذلك للصحيح المزبور .

والقدح في سنده في المختلف إنما يتم على طريق الشيخ؛ اما على طريق الصدوق فهو صحيح كما ذكرنا، ويكون حينئذ مستثنى من حكم الربا أو يكون ذلك بعنوان الشرط الخارج عن اسم البيع، بناء على اختصاصه فيما لا يشمل ذلك، أو يكون هذا الصحيح مؤيداً للقول بالملك ، فانه لاربا عليه إذا كان المراد بقاء المال على الملك العبد ؛ قال : في المحكي عن المبسوط إذا باع عبدا قد ملكه ألفاً بخمسمأة صح البيع على قول من يقول أنه يملك، ولو باع ألفاً بخمسمأة لم يصح. لانه ربا ، والفرق بينهما أنه إذا باع العبد فانما يبيع رقبته مع بقاء ما ملكه عليه ؛ فصح ذلك ، ولم يصح بيع الالف بخمسمأة أو يكون ذلك مؤيداً لما قلناه من أنه على تقدير الملك ، وأن للسيد البيع ، و إن كان ملكا للعبد يمكن نفي الربا لما قد عرفت سابقا أو غير ذلك فلاحظ وتأمل جيدا والله أعلم .

المسألة ﴿ الرابعة ﴾ لاخلاف أجده كما اعترف به بعضهم في أنه ﴿يجب﴾ على المالك أو وكيله أو وليه ﴿ أن يستبرء الامة قبل بيعها ﴾ مثلا على الاصح في لحوق غير البيع به كما ستعرف ، ﴿ إن كان وطأها ﴾ أي ﴿ المالك ﴾ وما في المقنعة من التعبير عن ذلك بلفظ ينبغي مما يشعر بالخلاف؛ يصرفه ما في باب لحوق

---

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب بيع الحيوان الحديث ـ ١

الاولاد منها من التعبير عنه بلايجوز، وصحيح علي بن جعفر عن أخيه المروي عن قرب الاسناد (١) « سألته عن الرجل يشتري الجارية فيقع عليها أيصلح بيعها من الغد، قال: لابأس » محمول على إرادة صحة البيع منه ، أو على التي يسقط استبراؤها باليأس ونحوه، أو غير ذلك لمخالفته الفتوى، بل النصوص .

قال الصادق عليه السلام في صحيح حفص (٢) في حديث « في رجل يبيع الامة من رجل، عليه أن يستبرىء من قبل أن يبيع » وسأله أيضا ربيع بن القاسم (٣) « عن الجارية التي لم تبلغ المحيض ويخاف عليها الحبل ؟ قال : يستبرىء رحمها الذي يبيعها بخمسة وأربعين ليلة، والذي يشتريها بخمسة وأربعين ليلة » وقال أيضاً في الموثق (٤) « الاستبراء واجب على الذي يريد أن يبيع الجارية ان كان يطأها ، وعلى الذي يشتريها الاستبراء أيضا » الى غير ذلك ، ولعله لذا وغير نسب الوجوب المزبور إلى ظاهر روايات أصحابنا .

نعم صرح غير واحد بأنه لو باعها من غير استبراء أثم وصح البيع، لرجوع النهي إلى أمر خارج ولابأس به، وإن كان لايخلو من بحث إن لم ينعقد الاجماع على خلافه، وعليه فالمتجه حينئذ تعين تسليمها إلى المشتري إذا طلبها، لانها قد صارت ملكا من أملاكه .

نعم في المسالك احتمال بقاء وجوب الاستبراء قبله، ولو بالوضع على يد عدل لوجوبه قبل البيع فيستصحب ، قال : « وأما بقاؤها عند البايع فلايجب قطعاً ؛ لانها صارت أجنبية منه » بل في جامع المقاصد « أنه لاوجه لسقوط الاستبراء عنه؛ فان قيل بعد وقوع البيع صارت حقاً للمشتري، فلايجوز منعه منها، قلنا : قد ثبت وجوب الاستبراء سابقا على البايع فلايسقط، غاية مافي الباب أن للمشتري إذا جهل الحال الفسخ، فان قيل : الاستبراء حق لله ، والمبيع حق للادمي ، وحق الله لايعارض حق

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ـ ١٠ ـ من ابواب بيع الحيوان الحديث ٧ ـ ٢ ـ ٣ ـ (٤) الوسائل الباب ١٨ ـ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٥

الادمي، قلنا: الاستبراء حق للبايع فلايكون حقاً لله محضا الى أن قال: و التحقيق أن يقال: إنه لو باع قبل الاستبراء يكون البيع مراعى، فان ظهر حمل تبين بطلانه، لانه من المولى حيث كانت فراشاً له، وإلا ثبتت الصحة، فلايكون ملكا للمشتري، فلا يتعين التسليم إليه، بل ولايجوز استصحاباً لبقاء وجوب الاستبراء».

وهذا واضح لاشبهة فيه، وقد يشكل بأن الحكم في الظاهر كونها ملكاً للمشترى لوجود المقتضي و عدم المانع ولو بالاصل، فلا ريب في جريان حكم الملك عليه، ومنه وجوب التسليم إليه مع الطلب، إلا أن الظاهر عدم سقوط الاستبراء عنه، للاصل ووجود حكمة الاستبراء وعدم إرادة الوصف المفوت للمأمور به من قوله ﷺ «قبل البيع» وإنما هو لتمكين البايع من الاستبراء.

ومنه ينقدح أنه مع البيع ترتفع سلطنته على العين، فليس له حبسها للاستبراء بدون رضا المشتري، فان كان عامداً في البيع قبله ولم يتمكن من إرضاء المشتري بالاستبراء، كان آثما وإن تعذر عليه إلا أنه بسوء اختياره، وإن لم يكن عامداً وجب عليه الاستبراء مما يحصل به رضا المشتري؛ فان لم يتمكن سقط عنه ولاإثم عليه، كما هو مقتضى الضوابط، ومن ذلك يعلم أنه لايجب الوضع عند عدل أو الابقاء في يد البايع في استبراء المشتري قطعا، للاصل وظاهر الادلة، سواء كانت جميلة أو قبيحة، خلافا لمالك فلم يوجب تسليم الجميلة؛ وإنما توضع على يد عدل إلى تمام مدة الاستبراء للحوق التهمة فيها، ولاريب في فساده لمخالفته لاصول المذهب وقواعده، ولو جامعها المالك بعد العقد قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض، فعليه الاستبراء قبل الاقباض؛ وكذا لو عادت إليه بفسخ بعد الوطىء أو كان قد وطأها قبل تملكها والله أعلم. هذا

والمراد باستبراء البايع من الوطىء في ذلك الطهر ﴿ بحيضة أو خمسة وأربعين يوما إن كانت مثلها تحيض ولم تحض ﴾ هو انتظار حيضتها المتعقب لذلك الطهر ان كانت ممن تحيض؛ وترك الوطىء قبلا ودبراً خمسة واربعين يوما ان كان مثلها تحيض ولم تحض، ولايجب عليه ترك الوطىء فضلا عن باقي الاستمتاعات في الاول؛ إذلاثمرة له بعد اشتراط تعقب الحيض.

نعم لو وطأها بعد تمام الحيض احتاج في جواز البيع إلى انتظار حيض آخر؛

للاستبراء من الوطيء المتجدد كما هو واضح ، فمافي الرياض وشرح الأستاد من اعتبار ترك الوطيء دون باقي الاستمتاعات في استبراء البايع لاوجه له ، نعم هو كذلك في استبراء المشتري ، بل عن المبسوط اعتبار ترك باقي الاستمتاعات فيه أيضا ، بل في التحرير ـ مايوافقه ـ : « من اشترى جارية حرم عليه وطؤها قبلا و غيره ، وتقبيلها ولمسها بشهوة حتي يستبرئها » وعن حواشي الشهيد أنه حرم في الدروس القبلة خاصة ، وإن كانت النصوص المعتضدة بالفتاوى والأصل وانتفاء وجه الحكمة و المحكي عن الخلاف من اجماع الفرقة وأخبارهم على خلافهما ، ففي صحيح محمد بن اسماعيل (١) « قلت أيحل للمشترى ملامستها؟ قال : نعم ، ولايقرب فرجها » والموثق (٢) « فيحل له أن يأتيها فيمادون فرجها ؟ قال : نعم قبل أن يستبرئها » وخبر « محمد عن أبي عبدالله عليه السلام (٣) « لابأس بالتفخيذ لها حتى تستبرئها وإن صبرت فهو خير لك » مع أنه لم نقف على معارض لذلك ؛ سوى ما قيل من قياس الاستبراء على العدة الذى هو مع كونه مع الفارق لايجوز العمل به في مذهبنا، ومافي الموثق (٤) « عن الرجل يشترى الجارية وهي حبلى أيطأها قال : لاقلت : فدون الفرج ؟ قال : لايقربها » وهو مع أنه في الحبلى التي لا إستبراء فيها يتجه حمله على الكراهة كما أومي إليه الخبر الاخير ، فظهر من ذلك الفرق بين إستبراء البايع والمشترى في ذات الحيض ، بل ظني أن الخلاف المزبور في ضم باقى الاستمتاعات إلى الوطيء إنما هو في استبراء ، المشتري دون البايع ؛ وإن كان يوهمه عبارة التحرير .

نعم قد يتوقف في اعتبار ترك الوطيء دبراً في الاستبراء ، بل وفي الاستبراء منه ، للاصل بعد اختصاص الموجب من النص بحكم التبادر وإن كان فيه لفظ الفرج بمحل

(١) الوسائل الباب ـ ٦ ـ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ـ ٥
(٢) الوسائل الباب ـ ١٨ ـ من ابواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ـ ٥
(٣) الوسائل الباب ـ ٥ ـ من ابواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ـ ١ لكن عن عبد الله بن محمد
(٤) الوسائل الباب ٥ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٥

الفرض فلايجوز التعدي إلى الغير، بل مال إليه في الرياض، فإنه بعدأن حكى عن بعض المحققين الخلاف في تعميم الوطيء للدبر، فخصه بالقبل، وأنه هو الظاهر من الحلي حيث أوجب الاستبراء بتركه خاصة للمشتري، قال: «ولايخلو من قرب إن لم يحصل بوطيء الدبر خوف سبق الماء في القبل» الموجب لخشية الحبل، بل حصل القطع بعدمه بالعزل نحوه.

ومنه يظهر وجه الاشكال في التعميم الوطيء له مع العزل الموجب للقطع بعدم الحبل من هذا الوطيء، ولافرق فيه بين القبل والدبر، قلت: لاأجد خلافا في اعتبار ترك الوطيء في القبل من الاستبراء، ولو مع العزل كما لاأجده في اعتبار الاستبراء منه، إذا كان كذلك أيضاً، لاطلاق النص والفتوى، ولعله لعدم القطع بعدم الحبل منه، ولذا يلحق به الولد معه، ضرورة إمكان سبق الماء من غير شعور، وغير ذلك.

ومنه يتجه حينئذ ماعند الاصحاب من إعتبار ترك الوطيء فيهما خصوصاً بناء على إمكان تحقق الحبل بالوطيء في الدبر لوجود المسلك منه إلى الفرج فلايجدي حينئذ العزل كما لايجدي لوكان في الفرج، وفرض حصول القطع بعدم الحبل من الوطيء نادر، لاتنزل عليه النصوص والفتاوى، مضافا إلى أن ذلك هو الموافق للاحتياط المؤكد طلبه في الانساب.

هذا كله مع مافي الصحيح(١) عن أبي الحسن الرضا عليه السلام «قال: سألته عن رجل يبيع جارية كان يعزل عنها، هل عليه منها استبراء قال: نعم» وأيضاً ظاهر النهي في النصوص وغيرها التعبد إذ ليس في شيء منها مايقتضي كون ذلك من جهة الحبل على وجه يكون عليه المدار ودعوى أن المنساق منها ذلك واضحة المنع، خصوصاً صحيح العزل الذي لاحمل معه غالباً، ثم إنه لاخلاف أيضاً في حصول الاستبراء بحيضه، بل عن ظاهر الغنية الاجماع عليه؛ وبه نطقت النصوص أيضاً، فما في الصحيح (٢) «عن

(١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث -١-

(٢) الوسائل الباب ٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٥.

جارية تشترى من رجل مسلم يزعم أنه قد استبرأها أيجزي ذلك أم لابد من إستبرائها ؟ قال: يستبرئها بحيضتين » و الصحيح (١) عن الرضا عليه السلام « قال : سألته عن أدنى ما يجزي من الاستبراء للمشتري والبايع قال : أهل المدينة يقولون حيضة ، وكان جعفر عليه السلام يقول حيضتان » فشاذ مردود بصريح النصوص والفتاوى ، وفحوى مادل على الاكتفاء بتام الحيضة أو محمول على الندب، كما يؤمي إليه في الجملة موثق سماعة (٢) «سألته عن رجل اشترى جارية وهي طامث أيستبرىء رحمها بحيضة أخرى أو يكفيه هذه الحيضة، قال لابل تكفيه هذه الحيضة، فان استبرأها بأخرى فلا بأس هي بمنزلة فضل» ولعل العامة في المدينة كانوا ينكرون استحباب الحيضتين ، وأما المدة فلاخلاف نصاً وفتوى في الاكتفاء بها، إلامن المفيد في المقنعة في المقام فجعلها ثلاثة أشهر، وهو مع أنه مخالف لاصالة عدم الزائد في وجه ـ ولامستند له سوى القياس على الحرة المطلقة ، المردود بأن مقتضاه القياس على الأمة المطلقة؛ وعدتها إذا لم تكن مستقيمة الحيض خمسة وأربعون يوماً بالاجماع والاخبار ـ قد وافق الأصحاب في باب لحوق الأولاد من المقنعة، ولو شك في انتهاء المدة وعدمه ، فالاصل مع الثاني وهو غير أصالة عدم الزائد المتقدمة ومن خبر عبدالله بن سنان (٣) سأل أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية ولم تحض فقال : يعتزلها شهراً إن كانت قد مست » المحمول في الوسائل على الغالب من حصول الحيضة في الشهر وإن كان بعيداً، ويمكن حمله على مجهولة البلوغ بإرادة الندب من الاعتزال المزبور احتياطاً هذا .

وقد اتفق ماعثرنا عليه من الفتاوى على التعبير باليوم كبعض النصوص لكن في آخر ليلة ، ويمكن إرادته منها، والظاهر دخول المنكسر بعد التلفيق ،كما في غيره ، و في شرح الاستاد أنه تدخل في الخمسة وأربعين الليالي المتوسطة دون الاولى ، و الآخرة

(١-٢) الوسائل الباب ١٠ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ـ٢

(٣) الوسائل الباب ـ ١٠ من ابواب بيع الحيوان الحديث ـ٣

والمنكسر لايحسب يوماً مستقلا، ويقوى احتسابه بالاكمال ،وهوجيد والله أعلم .

﴿ وكذلك يجب على المشتري﴾ استبراء الامة بماعرفت ﴿ إذاجهل حالها﴾ بالنسبة الى وطيء المالك الذي لم يستبرئها منه وعدمه ، فضلا عما إذا علم حالها أنها كذلك، من غير خلاف يعرف فيه ؛ بل الاجماع بقسميه عليه ، كما أن النصوص كادت تكون متواترة فيه ، بل في بعضها (١) « إن الذين يشترون الاماء ثم يأتونهن قبل أن يستبرؤوهن فأولئك الزناة بأموالهم » أما إذا علم العدم ففي الرياض « لايجب إتفاقا نصاً وفتوى » والمراد العلم بعدم وطيء خصوص المالك ؛ وإن قام احتمال وطيء غيره ، وهو كذلك ، للاصل السالم عن المعارض بعد الاقتصار في النصوص على المتيقن .

نعم قد يشكل الحال فيما إذا علم وطيء غير المالك لها بغير زنا، فان سقوط الاستبراء فيه والعدة كما يقتضيه ظاهر بعض الفتاوى هنا في غاية الاشكال، بل جزم الأستاد في شرحه بوجوب الاستبراء فيه، وهو ظاهر كلامهم في باب النكاح، بل هو مقتضى كونه وطئاً محرماً ، وقد علم من وضع العدد والاستبراء ونحوهما عدم إرادة الشارع اختلاط الانساب، بل يمكن دعوى كون ذلك مجمعاً عليه بينهم ؛ على أن ذلك هو مقتضى إطلاق أدلة الاستبراء ، وفي صحيح الحلبي (٢) عن الصادق (ع) في رجل اشترى جارية لم يكن صاحبها يطأها أيستبرىء رحمها ؟ قال : نعم » أللهم إلا أن يحمل على اخبار صاحبها بذلك ولم يكن ثقة مأمونا .

نعم قد يتوقف في أن الواجب العدة أو الاستبراء، وهو مبني على تحقيق كون أيهما الاصل في الاماء، ومع فرض عدم ثبوت ذلك يتجه مراعات الاصول في مقتضى كل منهما؛ فلايجوز الوطيء حتى تمضي مدة العدة، للاصل، ولكن لايجرى حكم العقد في العدة

---

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من ابواب بيع الحيوان الحديث ٥ -

(٢) الوسائل الباب ١٠ - من ابواب بيع الحيوان الحديث - ١

وهكذا ، ومقتضى خبر الحسن بن صالح (١) الاكتفاء بالحيضة وإن سبق النكاح، وقد ذكرنا في كتاب نكاح الاماء ماله مدخلية في المقام فلاحظ وتأمل .

ولا يجب على البايع الاستبراء من إحتمال وطيء غيره، للاصل ،أما مع العلم بالمحترم منه فقد يحتمل القول بالاستبراء فيه ، لكن مقتضى الاصل وظاهر المتن وغيره بل صريح بعضهم خلافه؛ فصار الفرق بين البايع والمشترى أن الاول إنما يجب الاستبراء عليه من وطئه خاصة إذا أراد البيع دون وطيء غيره المعلوم ، فضلا عن المحتمل ؛ وأما المشتري فيجب عليه من وطيء المالك المعلوم أو المحتمل ، ومن وطيء الغير إذا كان معلوماً محترماً دون المحتمل، لكن تحصيل تمام هذا التفصيل من النصوص لا يخلو من إشكال ، وإن كان الحكم في البايع موافقا للاصل ،كموافقة عدم وجوب الاستبراء على المشتري من احتمال وطيء الغير؛ لكن إطلاق النصوص لا ينطبق على ذلك ، أللهم إلا أن تنزل عليه بمعونة الفتاوى فتأمل.

ثم إن المشهور نقلا وتحصيلا عدم إختصاص الاستبراء بالبيع ، بل كل من ملك أمة بوجه من وجوه التملك من بيع أو هبة أو ارث أو صلح أو استرقاق أو غير ذلك وجب عليه قبل وطئها الاستبراء ، وعن الخلاف الاجماع عليه ، بل قيل : إنه أي الاجماع قد يظهر من الغنية أيضاً ، خلافا للمحكي عن ابن ادريس فخصه بالبائع والمشتري ، للاصل ، لكن المحكي عنه في باب السرارى موافقة الاصحاب ، فتكون المسألة حينئذ إجماعية ، وبذلك يتأيد فهم التعدية من النصوص وأن ذكر البيع فيها مثال .

خصوصاً في نحو صحيح الحلبي (٢) وخبر عبدالله بن عمر (٣) وغيرهما مضافا إلى خبر الحسن بن صالح (٤) عن الصادق عليه السلام « نادى منادي رسول الله صلى الله عليه وآله يوم

(٢ و٣) الوسائل الباب - ٣ - من ابواب نكاح العبيد و الاماء الحديث - ١ - ٨

(١)(٤) الوسائل الباب ١٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث - ١

أوطاس استبرؤا سباياكم بحيضة» متمماً بعدم القول بالفصل وكذا بالنسبة إلى البايع فيلحق به حينئذ الواهب والمصالح وغيرهما ، ولوكان العقد موقوفا على الاجازة تعلق الحكم بها فيتوقف إيقاعها عليه ، قيل : ويختلف حال الكشف والنقل هنا ، في بعض الاحوال .

وعلى كل حال فلو وطأها قبل الاستبراء عامداً أوغافلا لحق به الولد على ماصرح به غير واحد ، لانها فراشه حينئذ ، وقد يحتمل بقاء فراش الاول تمام مدة الأستبراء كما يؤمي إليه الحكم بكون المالك زانياً فيما سمعته سابقاً من النص ، وعليه يتجه عدم سقوط وجوب الاستبراء عنه بعد الوطيء بل احتمل وجوبه على الاول : لاطلاق الادلة ، وفيه أنه لافائدة له حينئذ ، ويمكن منع شمول الاطلاق له، فتأمل .

وفي شرح الاستاد « أنه يقوى عدم السقوط مع العزل وعدم الامناء أوالوطيء قبل البلوغ فبلغ قبل انقضاء المدة » وهو جيد، وفيه أيضاً « انه لو وطيء أحد الشريكين لم يبعد سقوط الاستبراء في منقوص الوطيء لو اشترى حصة شريكه ، ولعله للحوق الولد به؛ فلا إستبراء عليه من احتمال وطيء الشريك؛ ولو أراد الشريك شراء حصة الواطيء فقد يقال : إن المتجه عدم الاستبراء إذا كان زنا، وإن لحق به الولد، وإلا اتجه الاستبراء لكن التصريح في النص بعدم جواز الشراء حتى يحصل الاستبراء فلاحظ وتأمل هذا .

وقد ينزل على ماسمعته في أصل المسألة خبر الصيقل (١) قال : « سمعت الصادق عليه السلام يقول : وقد سئل عن رجل اشترى جارية ثم وقع عليها قبل أن يستبرىء رحمها قال : بئس ما صنع يستغفر الله ولايعود ، قلت : فإن باعها من آخر ولم يستبرىء رحمها ثم باعها الثاني من رجل آخر فوقع عليها ، ولااستبرىء رحمها فاستبان حملها عند الثالث ؟ فقال : أبوعبدالله عليه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر» فإن أرادته الاخير هذا ، و الذي يقتضيه أصول المذهب و قواعده عدم الفرق بين

(١) الوسائل الباب ٥٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣

الجارية مدة الاستبراء وغيرها ، في كون التلف من البايع إذالم يقبضها المشتري وإلا كان منه إذا لم يكن مختصاً بالخيار، فما عن المفيد و النهاية من اطلاق كون التلف من البايع إذا تلفت معزولة عندانسان للاستبراء في غير محله ، إلا أن ينزل على عدم وكالة الانسان عن المشترى في القبض ، و كذا ما عنهما و ابن حمزة والفاضل في بعض كتبه من أن النفقة مدة الاستبراء على البايع ، إذ المعهود منها تبعيتها للملك ، فالمتجه كونها على المشتري حتى لو وضعت على يد عدل ، خلافا للمحكي عن الفاضل فجعلها على البايع معه والله أعلم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ يسقط إستبراؤها ﴾ بالعلم ببراءة الرحم، بل لا موضوع له حينئذ و﴿ إذا أخبر الثقة أنه استبرأها ﴾ أو لم يطأها على المشهور، بل عن ظاهر الغنية الاجماع عليه ، للمعتبرة المستفيضة المحمول مطلقها ـ كقول العبد الصالح عليه السلام في خبر محمد بن حكيم (١) « إذا اشتريت جارية فضمن لك مولاها أنها على طهر فلا بأس أن تقع عليها » ـ على مقيده بالوثاقة ، كحسن حفص البختري (٢) عن الصادق عليه السلام «في الرجل يشترى الأمة من رجل فيقول إني لم أطأها ؟ فقال: إن وثق به فلا بأس أن يأتيها » وكصحيح أبي بصير (٣) « قلت للصادق عليه السلام الرجل يشتري الجارية و هي طاهر ويزعم صاحبها أنه لم يمسها منذ حاضت ؟ فقال : إن ائتمنه فليمسها »

كقوله عليه السلام في خبر ابن سنان (٤) « إن كان عندك أميناً فمسها » و في المقنعة روي (٥) « أنه لا بأس للانسان أن يطأ الجارية من غير استبراء لها إذا كان بايعها قد أخبره باستبرائها و كان صادقا في ظاهره مأموناً » لكن قال : ابن سنان (٦) للصادق عليه السلام « أفرايت ان ابتاع الجارية وهى طاهر وزعم صاحبها أنه لم يطأها منذ طهرت ؟ فقال : إن كان عدلاً أميناً فمسها ، وقال : إن ذا الأمر شديد

(١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب ٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣ ـ ١ ـ ٤ ـ ٢ ـ ٦ ـ ٢

فان كنت لابد فاعلا فتحفظ لاتنزل عليها ، وعن بعضهم أنه حمله على كونه أميناً بحسب الظاهر، لاالمعاشرة ، ولعل حمله على الندب أولى .

وعلى كل حال فظاهر النص والفتوى اعتبار كون المخبر، البايع مع ذلك ، لكن في شرح الاستاد أنه يسقط الاستبراء بشهادة عدلين وبا خبار ولي المشتري أو وكيله و إن لم يكونا ثقتين ، وكذا لو أخبر الثقة ذكراً كان أولا ، مالكاً كان أولا، بالاستبراء كما ينسب إلى الأكثر، ويظهر نقل الأجماع فيه للأصل الجارى على بعض الوجوه و للأخبار وهو كماترى ، و عليه فرع أنه لو تعارض خبر الثقتين وأحدهما مالك احتمل ترجيحه ، وترجيح خبر المثبت أوالنافي ، ثم قال : ولو اختلف الشركاء فيها اخذنا بالترجيح ، كما لو اختلف الخارجون ومع التساوي يلزم الاستبراء هذا .

وفي أكثر العبارات الثقة كالمتن ، وفي بعض منها العدل ، و في جامع المقاصد أنه المراد من الثقة . لان غير العدل لايعدثقة ، وفي الأخبار اعتبار وثوق المشتري ، ولاريب أنه لايتحقق الوثوق غالباً بدون العدالة ، و احتمل ثاني الشهيدين الاكتفاء بمن تسكن إليه النفس ، وتثق بخبره . بل جزم به بعض متأخري المتأخرين لخلو النصوص عن اعتبار الثقة بمعنى العدل ، سوى ماعن الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام (١) الذي لم تثبت حجيته ،قال : « إن كان البايع ثقة و ذكر أنه استبرأها جاز نكاحها من وقته ، وإن لم يكن ثقة إستبرأها المشتري بحيضة » .

وفيه أنه يمكن أن يكون مافي النصوص من الموثوق والامانة إشارة إليه ، مضافا إلى ما سمعته من خبر ابن سنان ، و ظاهر الاستاد في شرحه الفرق بين الوثاقة والعدالة فقال :«وفي الاكتفاء بمجرد الوثاقة كما في ظاهر الاكثر و يظهر من أكثر الاخبار التعبير بلفظها في بعضها ، وبالامانة منفردة أومع قيد الصدق في بعض آخر منها وجه قريب ، و اعتبارها بشرط العدالة كما صرح به بعض ، لان الظاهر

(١) المستدرك ج٢ ص٤٨٦

من إطلاق الوثاقة دخول العدالة فيها أقرب ، وأما الاكتفاء بمجرد العدالة كما يظهر من إطلاق آخرين فبعيد ، ويمكن إرادة الوثاقة منها والاجتزاء بذكرها عنها، وفيه ما قد عرفت من أن ظاهر الفتاوى إتحاد المراد منهما ؛ وأما النصوص فتحتمل ذلك ؛ وتحتمل إرادة من تسكن إليه النفس ، والاول أولى فاحتمال إرادة أمر زائد على العدالة بعيد عن النص والفتوى .

وعلى كل حال ففيه أيضاً أنه لو أخبر عدل وفسق قبل الوطيء عول عليه ، بخلاف العكس ، إلا أن يعيد الخبر ،ولو وطيء اعتماداً على الخبر فعدل أو خرج عن العدالة فلاإستبراء ، و لو كذب في دعوى الاستبراء ثم ظهر الحمل منه ردت إليه ورجع المشتري بالثمن وكل غرامة غرمها، أما لو علم بكذبه فأقدم رجع بالثمن مع بقائه،و في الرجوع به مع التلف و بالغرامة وجهان ، ومع العلم بفسقه وعدم المعذورية شرعاً يضعف احتمال عدم الرجوع و إن عصى في وطئه، وفي اعتبار خبر الامة مع الوثاقة وجهان ، أقواهما القبول ، و هو جيد في البعض ' لايخلو من نظر في الاخر .

وكيف كان فقد ظهر لك من ذلك ضعف ما عن ابن ادريس وفخر الدين من وجوب الاستبراء وإن أخبر الثقة ، لنصوص ما بين قاصرة السند أو ضعيفة الدلالة ، أو مخالفة للمجمع عليه في الظاهر ، كصحيح الحيضتين (١) المتقدم سابقا وكصحيح الحلبي (٢) المحمول كما عرفت على عدم أمانة المخبر أو على الاستبراء من وطيء غير المالك ،وأما الخبر(٣) « أشتري الجارية من الرجل المأمون فيخبر في أنه لم يمسها منذ طمثت عنده وطهرت ؟ فقال :ليس بجايز أن تأتيها حتى تستبرأها بحيضة» فيجب حمله على الندب الذى أشعرت به بعض النصوص السابقة به أو يطرح لقصوره

(١) الوسائل الباب -٦- من ابواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٥

(٢) الوسائل الباب ١٠ من ابواب بيع الحيوان الحديث ١

(٣) الوسائل الباب - ١١ - من ابواب بيع الحيوان الحديث -٥-

عن المعارضة من وجوه لا تخفى ، كما أنه قد ظهر لك أيضاً مما ذكرنا من النصوص أنه لا فرق في الاخبار بين كونه بعدم الوطىء الموافق للاصل وبالاستبراء المخالف له، لانها تضمنت الأول خاصة، والحق الثاني به، حتى يتجه ما يقال من وضوح الفرق بينهما، والله أعلم .

﴿ وكذا ﴾ يسقط استبراؤها عن المشتري ﴿ لو كانت ﴾ الجارية ﴿ لامرأة ﴾ على المشهور بين الاصحاب نقلا و تحصيلا شهرة عظيمة ، للاصل والمعتبرة المستفيضة منها الصحيح(١) « عن الامة تكون لامرأة فتبيعها ؟ قال : لا بأس أن يطأها من قبل أن يستبرأها » ونحوه الموثق كالصحيح بل قيل أنه صحيح ، وفي صحيح زرارة (٢) « اشتريت جارية بالبصرة من إمرأة فخبرتني أنه لم يطأها أحد فوقعت عليها ولم استبرئها ، فسالت عن ذلك أبا جعفر عليه السلام فقال : هوذا، أنا قد فعلت ذالك وما أريد أن أعود » .

نعم في الرياض أنه ربما يستشعر منه اشتراط الحكم هنا بعدم معلومية وطىء في ملك الامرأة بتحليل ونحوه ، بل مطلقا ، و مقتضاه وجوب الاستبراء عند عدم الشرط ، ولعله كذلك ويعضده انسحاب وجه الحكمة هنا أيضاً إلا أن مقتضاه الاكتفاء باحتمال الوطىء لا اشتراط العلم به ، ولا ريب أنه أحوط إذا لم تخبر بعدم الوطىء بل مطلقا كما عن الحلي وفخر المحققين ، وإن كان في تعيينه نظر لاطلاق الصحيحين الاولين المعتضدين بالاصلين ، و باطلاق الفتاوى فيقيد بهما الحكمة إن عمت ، مع أن عمومها محل نظر، لاحتمال الخوف الذى هو الاصل فيها الغالب في الشراء من الرجل ؛ لا مطلقه ، وينبغى القطع باشتراط عدم المعلومية التفاتا إلى الحكمة ،وعليه ينزل الاطلاقات ويفرق حينئذ بين الشراء منها ومن الرجل بوجوب الاستبراء في الثانى مطلقا إلا مع العلم ، أو ما في حكمه بعدم الوطىء أصلا ، وعدمه

(١ و ٢) الوسائل الباب ـ ٧ ـ من ابواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ـ ١ـ٢

في الاول كذلك إلا مع العلم بدخول المحترم أو المطلق، وهو الاقوى» .

قلت لا بأس بتنزيل إطلاق النص والفتوى على ذلك ، لخوف لزوم الفساد باختلاط الانساب الذي هو الحكمة في وضع العدد والاستبراء ؛ كما استفيد من تتبع الأخبار وكلام الاصحاب في تضاعيف الابواب، لكن قد يقال أن المتيقن من تقيدهما إذا علم حصول وطيء محترم لم يتعقبه حيض ، وإلا فالعلم بالتزويج أو التحليل أو نحو ذلك أعم منه ، والاصل براءة الذمة من الاستبراء ، مضافا إلى إطلاق النص وليس في صحيح زرارة ما يصلح للتقييد .

نعم قد يقال بملاحظة كلامهم في باب النكاح أنه من المعلوم وجوب العدة أو الاستبراء لكل سبب مزيل للنكاح ، و إن كان باختيار المشتري الفسخ فلاحظ وتأمل .

وعلى كل حال فيلحق بها كل من لاقابلية له للوطيء لصغر أو كبر أو جب أو عنن أو عروض مرض ، لا للقياس الباطل في مذهبنا ، بل لما عرفت من اشتراط الاستبراء بالعلم بوطيء المالك ، أو احتماله أو العلم بوطيء محترم من غيره لم يتعقبه حيض مثلا ولو بالاستصحاب ، فما في المسالك « من أن المناسب للاصول الشرعية عدم الالحاق » في غير محله ، خصوصا بعد قوله فيها : « و ليس من مواضع الاشكال مالو باعتها المرأة لرجل في المجلس فباعها حينئذ ، بل لا يجب الاستبراء هنا قطعاً ، للعلم بعدم وطيء البايع ثم قال: وقد يحتال لسقوط الاستبراء ببيعها لامرأة ثم شراؤها منها ، لاندراجها حينئذ في أمة المرأة نظراً إلى إطلاق النص من غير تعليل ، وكذا لو باعها لرجل ثم اشتراها منه قبل وطئه لها، حيث يجوز ذلك » .

وقد تبع في بعض ذلك الكركي في جامعه فإنه قال : « وقد يحتال لاسقاط وجوب الاستبراء بأمور منها - إعتاقها ثم العقد عليها ، فقد ورد جواز الوطيء معه من غير استبراء في غير حديث ، ومنها - بيعها من امرأة ثم شراؤها منها - لاندراجها في أمة المرأة ، و لو ألحقنا بالمرأة غيرها كالطفل أمكن ذلك . ولو باعها لرجل ثم اشتراها

منه حيث يجوز، أمكن الحكم بالسقوط أيضاً ، ومنها ـ مالو زوجها فطلقها الزوج قبل الدخول فانها مطلقة غير مدخول بها، فلاعدة ولا إستبراء عليها ، وما كان واجبا قبل ذلك فقد سقط بالعقد عليها ، مع احتمال بقاء الوجوب هنا ،نعم لو باعها لغيره ثم تزوجها منه أو أحله وطأها فانه لااستبراء هنا ، لان النكاح لايجب الاستبراء قبله، إلا أن يعلم الوطيء ،ولهذا لو أعتقها جاز أن يتزوجها في الحال، فلو شراها حينئذ فلا استبراء ، لما عرفت من أن السابق قد سقط ، واللاحق لا يقتضي وجوب الاستبراء حينئذ ، وهذا وجه قوي ، ويكون هذا من المواضع التي يسقط فيها الاستبراء »

قلت : ولكن ينبغي أن يعلم أولا أن ذلك كله إذا لم يعلم بالوطيء المحترم الذي يجب الاستبراء منه ، وإلا فلاحيلة لاسقاطه على الظاهر، كما أومى اليه الفاضل المزبور في حيلة التزويج ، و إن كان مقتضى بعض إطلاقات الحيل المزبورة سقوطه ، إلا أنه لابد من تقييده ، لماعرفت من اختلاط الانساب ، كما أنه ينبغي أن يعلم أن الاستبراء الواجب على المشتري ولو باحتمال وطيء المالك إنما هو للوطيء، أما البيع ونحوه فلايجب الاستبراء له عليه ، فيجوز له حينئذ بيعها قبله ، فاذا باعها من الامرأة أو الرجل ثم شراها منه في المجلس مثلا سقط الاستبراء الاحتمالي عنه ، لاحتياج عود وجوبه عليه إلى دليل .

لكن ومع ذلك ففي النفس منه شيء خصوصا في أمر الفروج المأمور بشدة الاحتياط فيها ، مخافة اختلاط الانساب ، بل قد يقال : إن السقوط من جهة صدق كونها جارية امرأة لاينافي الثبوت من حيثية أخرى، وهي أنها جارية قد اشتريت ممن يجب استبراؤها منه لاحتمال الوطيء ، بل نحو ذلك يجرى أيضا في باقي الحيل ، وإن اختلف قوة وضعفا، بل ربما كان في بعضها من تعارض العموم من وجه فتأمل جيدا. وطريق الاحتياط الذي هو ساحل بحر الهلكة غير خفي ، وتسمع انشاء الله في كتاب النكاح جملة من الكلام في ذلك، والله أعلم .

وبالجملة يسقط استبراؤها بذلك ﴿أو﴾ كانت ﴿في سن من لاتحيض لصغر﴾

فلم تبلغ التسع ﴿أو﴾ لـ ﴿كبر﴾ بلغت حد اليأس، بلا خلاف أجده في شيء منهما ، وقد سأل عبدالرحمان (١) أباعبدالله عليه السلام « عن الرجل يشتري الجارية التي لم تبلغ حد الحيض أو لم تحض؟ فقال : لاعدة عليها » الحديث ' وقال له أيضاً عبدالله بن عمر (٢) « الجارية الصغيرة يشتريها الرجل وهي لم تدرك ، أو قد يئست من المحيض ؟ فقال : لابأس بها أن لايستبرأها » و نحوه رواه الصدوق (٣) مرسلا عن الباقر عليه السلام ؛ وقال الصادق عليه السلام أيضا في صحيح الحلبي : (٤) « في رجل ابتاع جارية لم تطمث إن كانت صغيرة لايتخوف عليها الحمل فليس عليها عدة فليطأها ؛ إن شاء » و قال أيضا في خبر ابن أبي يعفور : (٥) « في الجارية التي لم تطمث و لم تبلغ الحمل ان اشتراها الرجل ليس عليها عدة يقع عليها » والمراد من التى لم تبلغ الحيض ويخاف عليها في خبرى ربيع ابن القاسم (٦) ومنصور بن حازم (٧) « الذي أمر فيهما بالاستبراء بالمدة من بلغت تسعا ، و لكن لم تبلغ المعتاد من زمن الحيض ' فان مثلها تستبرىء بالمدة » كما في الخبرين المزبورين ، إذ المراد بالصغيرة عندنا من لم تبلغ ذلك ، خلافا لبعض متأخرى المتأخرين فمن لم تبلغ الحيض عادة ، والنص والفتوى بخلافه، كما تسمعه في باب العدد وغيرها من محاله ' كما أن المراد ممن لم تحض أو قعدت عن الحيض في خبر عبدالرحمان بن أبي عبدالله (٨) عن الصادق عليه السلام ، من كانت في سن من تحيض ولم تحض ، قال : فيه « في الرجل يشترى الجارية ولم تحض أو قعدت عن المحيض كم عدتها قال : خمس وأربعون ليلة » و إن كان المراد في خبره السابق الصغيرة و اليائسة ، فلا تنافي حينئذ بين النصوص ، بناء على ماذكرنا .

(١ و ٢) الوسائل الباب ـ ٣ ـ من ابواب نكاح العبيد و الاماء الجواهر ـ ٣ ـ ١ الحديث ـ ٢ ـ ٨

(٣ و ٤) الوسائل الباب ـ ٣ ـ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ـ ١٠ ـ ١

(٥و٦) الوسائل الباب ٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣-٧

(٧و٨) الوسائل الباب ٣ من ابواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ـ ٢ ـ ٦ الجواهر ١٣

نعم قد يستشكل في النصوص السابقة بظهورها في جواز وطىء الصغيرة وهو معلوم البطلان ، بناء على تفسير الصغيرة بما ذكرنا ، ويدفع بمنع ظهورها في ذلك ، بل يمكن حملها على إرادة أنها صغيرة عند البايع ثم بلغت عند المشتري ' ولا مانع من حيث الاستبراء ، أو يراد لا استبراء عليها ، وإن وطأها البايع محرماً أو غير ذلك ، مما يمكن تنزيلها عليه ' كما أنه قد يستشكل في خصوص مضمر سماعة (١) الذي هو ما في صحيح الحلبي (٢) عن الصادق عليه السلام «في جارية لم تحض قال أمرها شديد ، غير أنه إن أتاها فلا ينزل عليها حتى تستبين له إن كان بها حبل .قلت : وفي كم تستبين له حبل؟ قال : في خمسة و أربعين ليلة »؛ لأن قوله فيهما «لم تحض» إما أن يراد به الكناية عن الصغيرة ، أو البالغة ولكن لم تحض فعلا ، والأولى لا يجوز وطؤها ولو مع عدم الانزال ، كالثانية قبل الاستبراء بالمدة .

ويمكن دفعه بأن المراد عدم الوطىء في الفرج من عدم الانزال ، و شدة الأمر حينئذ باعتبار عسر الصبر في هذه المدة ' أو بما في الحدائق من أن المراد أنه اشترى الجارية بعد افتضاضها وزوال بكارتها ولكن في ظنه أنها لم تبلغ سيما مع عدم طمثها فقال عليه السلام : « إن هذه باعتبار عدم معلومية البلوغ وعدمه محل إشكال' وأمرها شديد» سيما إذا كانت مثلها ومن هي في قد جثتها وصورتها يحصل له الحمل، فالواجب الاستبراء كما أومي اليه في خبر منصور وغيره في التي لم تبلغ الحيض ولكن يخاف عليها إذا كانت بهذه الكيفية ؛ فيكون المراد من قوله لم تحض عدم العلم بالبلوغ بالحيض ، وإن كانت للبلوغ بالسن محتملة ، وشدة الأمر حينئذ من حيث أصالة عدم البلوغ ' و من حيث خوف الحمل فالذي ينبغي حينئذ استبراؤها ، فإن أتاها فالذي ينبغي له العزل عنها ، لكنه كما ترى فيه ما فيه ، ويمكن أن يراد ممن لم تحض فيه البالغة عدداً لكنها لم تبلغ الحيض ؛ وشدة أمرها باعتبار عدم الحيض ؛ وهذه وإن كان الواجب استبراؤها بالمدة' إلا أنه لو أثم وأتاها ينبغي أن يعزل عنها مخافة اختلاط الأنساب فتأمل جيداً والله أعلم

(١و٢) الوسائل الباب ـ ١٠ من ابواب بيع الحيوان الحديث ١ وذيله

﴿أو﴾ كانت الامة المشتراة مثلا ﴿حائضا﴾ فانه يسقط استبراؤها فيجوز له وطؤها ﴿إلا زمان حيضها﴾ على المشهور بين الاصحاب قديما وحديثا شهرة عظيمة فيكتفى في جواز وطئها باتمام حيضها ؛ كما عن الخلاف الاجماع عليه ، لالان ذلك استبراؤها ، بل لعدم جواز الوطيء حال الحيض ؛ و في موثق سماعة (١) «سئلته عن رجل اشترى جارية وهي طامث أيستبرىء رحمها بحيضة أخرى أو تكفيه هذه الحيضة فقال : بل تكفيه هذه الحيضة ، فان استبرأها بحيضة أخرى فلابأس هي بمنزلة فضل» وفي صحيح الحلبي (٢) «سألت الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جارية وهي حائض فقال إذا طهرت فليمسها إن شاء» .

خلافا لابن ادريس فلم يكتف باتمام الحيضة ؛ و كأنه اجتهاد في مقابلة النص بل و الاعتبار ، ضرورة أنه إذا كان الاستبراء يحصل بالحيضة فمع فرض أنه اشتراها حائضا قد علم بذلك براءة رحمها، فهي كالجارية التي علم أن البايع قد استبرأها أو لم يطأها كما هو واضح ، هذا. وفي النافع يجب على البايع استبراء الامة قبل بيعها بحيضة ومزجها في الرياض فقال واحدة إن لم تبع في أثنائها وإلا فيكفي تمامها على الاشهر الاقوى.

وفيه أن خلاف ابن ادريس في المشتري على الظاهر ، ولعل قوله على الاشهر الاقوى راجع الى الاتحاد ، فان المحكي عنه اعتبار التعدد ، فلاحظ و تأمل .

نعم قد يستشكل في الاكتفاء باتمام الحيضة إذا وقع الوطيء من المالك في أثناء الحيض عصيانا ، أللهم إلا أن يقال: إن إطلاق ما دل على الاكتفاء و إن كان منصرفا إلى غير الفرض ، لكن قد يمنع شمول ما دل على الاستبراء لنحوه أيضاً، فيبقى على أصل البراءة فتأمل والاحتياط لاينبغي تركه.

(١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث -٢

(٢) الوسائل الباب -٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث -١

﴿أو حاملا﴾ أي و كذا يسقط استبراؤها إذا كانت حاملا ، ضرورة معلومية مشغوليتها بالحمل ، ولا فائدة للاستبراء المفسر بترك الوطيء حتى يتبين حالها. نعم لوفسر بترك الوطيء حتى يبرء رحمها مما اشتغل به من ماء أوحمل ، أمكن القول بأن ترك الوطيء للحامل حينئذ حتى تضع أوإلى مضي المدة كما ستعرف الخلاف فيه للاستبراء بهذا المعنى ؛ ولعل مراد المصنف وغيره ممن أسقطه عنها بالاستبراء ماذكرناه أولا ولذاقال :

﴿نعم لايجوز وطيء﴾ الجارية ﴿الحامل قبلا﴾ بمايسمى وطيأ فيه عرفا ، إلا أن يكون من الافراد النادرة التي لاينصرف إليها الاطلاق ، بل لولا ظهور الفتاوى في الاطلاق لامكن دعوى إرادة المشتمل منه على الإمناء من النصوص ، ولا فرق في الحامل بين أن يكون حملها بحر أو مملوك أو مبعض ، ﴿قبل أن يمضي لحملها أربعة أشهر وعشرة أيام﴾ وفاقا للمقنعة والنهاية والوسيلة والكافي والنافع و المفاتيح والغنية إلابشرط العزل ، والارشاد والتحرير والا يضاح وإيضاح النافع والمسالك في الجملة على ماحكي عن بعضها ، وإن اختلفت في التقييد في القبل وعدمه.

فترك في الستة الاول ، ولعله مرادلها ، وفي زيادة العشرة وعدمها ، فتركت في الاول والرابع والخامس والسابع ؛ بل في الدروس المشهور أنه يستبرئها بأربعة أشهر وعشرة أيام وجوبا عن القبل لاغير ، وفي ظاهر الغنية الاجماع على ما فيها ، وفي الرياض لاريب في الحرمة قبل انقضاء هذه المدة ، للمعتبرة المستفيضة التي كادت تكون متواترة المعتضدة بالشهرة العظيمة ، بل ظاهر المصنف والاكثر ، بل نسبه غير واحد إلى الاصحاب عدم الفرق في ذلك بين الزنا وغيره ، بل لاأجد خلافا في التحريم فيها إلا من الشيخ في الخلاف و كتابي الاخبار ؛ وابن ادريس ، فالجواز. نعم نص الاول منهما علي الكراهة مدعيا الاجماع عليها ؛ ومن الفاضل وثاني الشهيدين وغيرهما في خصوص الحمل من الزنا ، فالكراهة فيها أيضاً ، وربما الحق المجهول به ، لكن ليس في شيء مما وصل

البنا من نصوص المسألة إشارة إلى الفرق بين الزنا وغيره، فضلا عن المجهول، بل ربما كان ظاهرها خلافه، خصوصا ترك الاستفصال مع انصراف الحمل إلى النكاح الصحيح كما في ساير أفعال المسلمين، وعدم الحرمة لما ته انما هو بالنسبة إلى إلحاق الولد وعدمه، لا بالنسبة إلى وطيء من علم حملها منه، المعلل بتغذية الولد و نحوه، و دعوى أن المعهود من الشرع الغاء اعتبار الزنا في العدة والاستبراء يمكن تسليمها في غير المقام الذي يمكن أن يكون عدم الوطي فيه تعبديا وليس لعدة ولا إستبراء، بل هو ظاهر المصنف وغيره ممن نفى الاستبراء عن الحامل بل منع في الحدائق عدم العدة والاستبراء للزنا محتجاً بخبر حريز(١) قال لابي عبدالله عليه السلام: «الرجل يفجر بالامرأة ثم يبدوله في تزويجها هل يحل له ذلك؟ قال: نعم إذا هو اجتنبها حتى تنقضي عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور، فله أن يتزوجها وانما يجوز له تزويجها بعد الوقوف على توبتها» وما رواه الحسن بن علي بن شعبة في كتاب تحف العقول (٢) عن أبي جعفر الجواد عليه السلام «أنه سئل عن رجل نكح إمرأة على زنا أيحل له أن يتزوجها؟ فقال: يدعها حتى يستبرئها من نطفته و نطفة غيره إن لا يؤمن منها أن تكون قد أحدثت معه، ثم يتزوج بها إذا أراد، فإن مثلها مثل نخلة أكل رجل منها حراماً ثم اشتراها فأكل منها حلالا» وإطلاق ما دل على وجوب العدة والغسل والمهر و الرجم بالدخول، وأن العدة من الماء وإن كان هو كما ترى، بل ينبغي الجزم بإرادة الندب من الخبر الاول؛ إذ لا استبراء عليه من مائه بل و الخبر الثاني خصوصاً بعد استفاضة النصوص بإطلاق جواز تزويج الزانية.

نعم قد يقال في خصوص المقام بحرمة الوطيء و إن كان الحمل من زنا، لا للعدة والاستبراء، بل لا طلاق النصوص، وعدم إشعار شيء منها به، كما أنه قد يقال إن ظاهرها مجهولة حال الحمل على وجه لم يعلم كونها من ذات العدة بالوضع، كالمطلقة ونحوها،

١ـ الوسائل الباب ١١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث ٤

٢ـ تحف العقول ص ٣٣٨ المطبوع بالنجف الاشرف سنه ١٣٨٥

أو من غيرها كالحامل من زنا ؛ بناء على عدم العدة له بذلك ، والمساحقة ونحوها ، إذ المعلوم عدم كونها من ذوات العدد بالوضع وإنما هي من ذوات الاستبراء المفروض سقوطه بالحمل ، بل لعل ذلك هو الغالب في الاماء ، و حينئذ يتجه جريان الاقوال المزبورة للنصوص ، وأما إذا علم حال حملها و كونه عن وطيء صحيح تعقبه طلاق أو فسخ أو نحو ذلك ، أو غير صحيح كالزنا مثلا وقلنا بعدم الحرمة لمائه ، فهو على حكمه بالنسبة إلى كل فرد ، لأن المراد من النصوص الاطلاق الشامل للمطلقة مثلا ونحوها مما كان عدتها الوضع ، ضرورة إمكان تحصيل الاجماع على خلاف ذلك ، كما يظهر لك الحال بأدنى ملاحظة لكلامهم في العدد ، مضافا إلى إطلاق الآية و النصوص فلاحظ وتأمل جيدا ، فان هذا هو التحقيق في المسألة .

وهذا الحكم مختص ـ بالامة المشتراة التي كان حكمها الاستبراء ، وسقط بالحمل ، كما عساه الظاهر من المصنف وغيره مع إلحاق غير الشراء من أسباب الملك الاختيارية والقهرية ، كما هو مقتضى كلامهم في أصل موضوع المسألة ، وعدمه جمودا على مقتضى النص المفصل ـ أو انه شامل لكل جارية حامل مجهولة الحال أو معلوم أنها من غير ذات العدة بالوضع ، فيندرج فيه أمة السيد لو حملت كذلك ، كما عساه يظهر من إطلاق العنوان في بعض العبارات وجهان ، من أصالة الجواز بعد عدم معلومية سبب التحريم ، ومن إطلاق النهي عن وطيء الحبلى حتى تضع ، لا يخلو أولهما من قوة ، فحمل صحيح رفاعة ـ (١) المقيد فيه بالاربعة أشهر وعشرة أيام عليه مرادا من النهي فيه في المدة الكراهة ، وبعدها لا كراهة ، أو مرادا منه الحرمة وبعدها لا حرمة ، بخلاف الحمل من غيره فانه محرم إلى حال الوضع ـ لا شاهد له سوى دعوى معلومية عدم احترام ماء الزاني .

وفيه أن المقام يمكن أن لا يكون من الاحترام ، على أن مثله يرد بناء على إرادة الحرمة من النهي في الصحيح المزبور ، فلاريب حينئذ في ضعف القولين معا كضعف القول بحرمة الوطيء إلى حال الوضع مطلقا ، تمسكا باطلاق النصوص كموثق

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣

اسحاق بن عمار (١) «سألت أباعبدالله عليه السلام عن الجارية يشتريها الرجل وهي حبلى أيقع عليها؟ قال: لا» وقوله عليه السلام ايضا في موثق مسعدة (٢) «يحرم من الاماء عشر، لاتجمع بين الام والبنت، ولابين الاختين، ولا أمتك وهي حبلى من غيرك حتى تضع» كقوله أيضا في خبر مسمع بن كردين (٣) «قال أمير المؤمنين عليه السلام: عشر لا يحل نكاحهن ولاغشيانهن، أمتك وأمها، إلى أن قال، و أمتك ان وطئت حتى تستبرىء بحيضة، وأمتك وهي حبلى من غيرك» الحديث.

وفي المروى عن العيون مسندا إلى الرضا عن آبائه عليهم السلام (٤) «قال: نهى النبي صلى الله عليه وآله عن وطىء الحبلى حتى يضعن» وعن قرب الاسناد عن ابراهيم بن عبدالحميد (٥) «سألت أباالحسن عليه السلام عن الرجل يشترى الجارية وهي حبلى أيطأها قال: لا، قلت: من دون الفرج؟ قال: لايقربها» وفي خبر محمد بن قيس (٦) «عن أبى جعفر عليه السلام في الوليدة يشتريها الرجل وهي حبلى؟ قال: لايقربها حتى تضع ولدها» وخبر ابى بصير (٧) «قلت لابى جعفر عليه السلام: الرجل يشترى الجارية وهي حامل مايحل له منها؟ قال: مادون الفرج» إلى غير ذلك من النصوص المطلقة والمقيدة بالوضع.

مضافاً إلى آية (٨) «أولى الاحمال» المرجحة على آية الملك (٩) في صحيح رفاعة (١٠) عن أبى عبدالله عليه السلام «في الامة الحبلى يشتريها الرجل فقال: سئل أبي عن ذلك فقال: أحلتها آية وحرمتها آية أخرى، فأنا ناه عنها نفسي وولدي، فقال الرجل: أنا أرجو أن أنتهي إذا نهيت نفسك وولدك» إذ النهي حقيقة في التحريم، وكان الذى دعاه إلى هذا التعبير والنسبة الى أبيه التقية كما قيل؛ فانهم كانوا يرون الجواز، فلم يمكنه

(١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٨ - من ابواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١-٨-٧-٥-٢-٦

(٧) الوسائل الباب - ١٢ - من ابواب بيع الحيوان الحديث ٣

(٨) سورة الطلاق الاية -٣-

(٩) سورة المؤمنون الاية -٣-

(١٠) الوسائل الباب ٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢

التعبير عنه صريحاً .

و إلى الاجماع المحكي عن شرح الارشاد للفخر على ذلك في غير الزنا ، بل ظاهر غيره أن ذلك من المفروغ منه ، وأنه من المسلمات التي لايعتريها الشك ، وأنه لذلك حمل صحيح المدة (١) على الزنا ، لعدم إمكان الحمل في غيره ، وإلى معلومية حرمة وطيء الحامل في غير المقام ، في طلاق و وفاة وغيرهما مما يكشف أن لذي الحمل تعلقا بالرحم مادام مشغولا بالحمل ، ومن هنا لم يجعل أجلا دونه إلى غير ذلك .

إذ فيه أنه مستلزم لطرح صحيح رفاعة المعمول به بين الاصحاب في الجملة كما اعترف به فخر المحققين وغيره بلا مقتض، أو تأويله من دون شاهد، قال على ما رواه في التهذيب (٢) « سألت أبا الحسن عليه السلام فقلت : أشترى الجارية فتمكث عندي الاشهر لا تطمث، وليس ذلك عن كبر فأريها النساء فيقلن ليس بها حمل، فلي أن أنكحها في فرجها ؟ فقال : إن الطمث قد يحبسه الريح من غير حبل ، فلا بأس أن تمسها في الفرج قلت : فان كانت حبلى فما لي منها ؟ فقال : لك ما دون الفرج إلى أن تبلغ في حبلها أربعة أشهر وعشرة أيام ، فاذا جاز حملها أربعة أشهر وعشرة أيام فلا بأس بنكاحها في الفرج. قلت : إن المغيرة وأصحابه يقولون لاينبغي للرجل أن ينكح امرأته وهي حامل وقد استبان حملها حتى تضع فتغذ و ولده قال :فقال : هذا من أفعال اليهود » فلا بأس بتأييد الاطلاق المتقدم به ؛ كما أنه لا بأس بالجمع بينه وبين نصوص الوضع ، بجعل الغاية أحدهما ، كما هو مقتضى الأمر بهما . واعتضاد نصوص الوضع بالأصل واطلاق النهي السابق ، وبظاهر صحيح رفاعة السابق(٣) من حيث دلالته على انحصار الأمر بين الاباحة المطلقة ؛ كما دلت عليه الاية الاولى ، أي آية الملك ، (٤) أو الحرمة

(١) الوسائل الباب - ٨ - من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث - ٣

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٨ الحديث ١٨٧٨

(٣) الوسائل الباب ٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث - ٢ -

(٤) سورة المؤمنون الاية ٢

كذلك، كما صرحت به الثانية (١) .

وحيث ظهر لنا الحرمة في الجملة بالأدلة السابقة تعين ترجيح الاية وهي في الحرمة إلى الوضع صريحة ، ولا آية هنا تدل على التفصيل بين المدتين ، بالبديهة لا يمنع من الجمع المزبور بعد الاغضاء عن جريان الاصل المعلوم قطعه بآية الملك ؛ والصحيح ظاهر في ترجيح آية الملك ، وأن المراد من النهي الكراهة ، بل يمكن دعوى ظهور آية الحمل في غير المقام من ذوات العدد، فلاريب حينئذ في أن مقتضى أصول المذهب الجمع بين النصوص بما عرفت، وأن المطلق منها يقيد بذلك .

ومايقال ـ من أن التقييد فرع المقاومة ، وليس لقصوره عدداعن ذلك، مع بعد التقييد فإن أظهر أفراد الحبلى من استبان حملها، وليس إلا بعد انقضاء المدة المزبورة ـ مدفوع بأن كثرة عدد المطلق لاتنافي تقييده بالمتحد المعمول به بين الاصحاب ، ويمنع كون الاظهر ذلك بحيث ينصرف إليه الاطلاق ، وخلو الصحيح ـ عن زيادة التقييد بالاربعة وعشر في الكافي ـ غير قادح ،كما أن اختلاف عبارات الاصحاب من حيث التقييد بالعشر وعدمه كذلك ، ضرورة كون الصحيح المزبور حجة على تارك التقييد فلاريب في رجحان هذا القول على غيره .

نعم لولا الشهرة العظيمة والاجماع المحكي لكان القول بالكراهة كما سمعته من الشيخ وابن ادريس في غاية القوة لظهور صحيح رفاعة (٢) السابق فيها والخبر (٣) « ماأحب للرجل المسلم أن ياتي الجارية الحبلى قد حبلت من غيره» الى آخره وترك النهي عنه في خبر السكوني (٤) عن الصادق عليه السلام « أن رسول الله صلى الله عليه وآله دخل على رجل من الانصار وإذاً وليدة عظيمة البطن تختلف فسأل عنها ، فقال : اشتريتها يا رسول الله

(١) سورة الطلاق الاية ٢

(٢) الوسائل الباب ـ ٨ ـ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ـ ٢

(٣) الوسائل الباب ـ ٥ ـ من ابواب نكاح العبيد والاماء في ذيل الحديث ـ ١

(٤) الوسائل الباب ٩ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣

وبهاهذا الحبل، قال : أفربتها ؟ قال : نعم قال : اعتق مافي بطنها ، قال : يارسول الله وبمااستحق العتق ؟ قال : لان نطفتك أغذت سمعه وبصره ولحمه ودمه » بل التعليل فيه ظاهر في الكراهة ، وأن المراد من النهي في غيره للارشاد، لانه بالوطيء يرجح له أويتعين عليه عتق الولد ، بل قول الصادق عليه السلام في خبر غياث (١) « من جامع أمة حبلى من غيره فعليه أن يعتق ولدها ولا يسترق ،لانه شارك فيه الماء تمام الولد » لايخلو من إشعار بجواز الجماع ، إلى غير ذلك مما يشهد للجواز من إطلاق أدلة الملك وغيره ، فلولا ماعرفت لكان القول به في غاية القوة ، فحيث انتفى لذلك كان القول بما في المتن أقوى من غيره قطعا ، لماعرفته من دليل الحرمة في المدة وغيرها ، للاصل والصحيح أيضاً ، وجواز التصرف في ملك اليمين والامن من اختلاط الانساب في غيرها .

ومن ذلك كله بان لك الوجه في جميع الاقوال على اختلافها في الوطيء بعد مضي المدة وقبله وأن الاقوى منها قبله الحرمة ﴿ ويكره بعده ﴾ الذي في الدروس وغيرها أنه المشهور ، ولعل حكم المصنف بكراهته لقوله عليه السلام « لااحب » وتنزيل صحيح رفاعة المشتمل على نهيه عليه السلام لنفسه وولده عليه ، وللتخلص من شبهة الخلاف ومن احتمال ارادة النهي من المطلقات إلى حال الوضع ؛ ومن نحو ذلك مما يصلح دليلا للكراهة ، فتأمل جيدا .

فان المسألة من المشكلات وقد اضطرب فيها كلام الاساطين ،حتى ان العلامة منهم قال هنا في القواعد: « ويحرم وطيء الحامل قبلا قبل مضي أربعة أشهر وعشرة أيام . ويكره بعده إن كان عن زنا وفي غيره إشكال » وقال في النكاح منها: «ولو اشتراها حاملا كره له وطؤها قبلا قبل الوضع أو مضي أربعة أشهر وعشرة أيام إن جهل حال الحمل لاصالة عدم إذن المولى ، وإن علم إباحته بعقد أو تحليل حرم حتى تضع ، وإن علم كونه عن زنا فلا بأس » وقال في الطلاق منها « كل من ملك جارية موطوءة ببيع أو غيره من إستغنام أو صلح أو ميراث أو أي سبب كان لم يجز له وطؤها إلا بعد الاستبراء ، فان كانت حبلى من مولى أو زوج أو وطيء شبهة لم ينقض الاستبراء إلا بوضعه ، أو مضي

(١) الوسائل الباب ٩ ـ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ـ ٢

أربعة أشهر وعشرة أيام، فلايحل لهوطؤها قبلاقبل ذلك؛ ويجوزفي غيرالقبل ، ويكره بعدها ' وهو كماترى غيرالاولين ' هذاكله في الوطىء في القبل .

أما الدبرفقديمنع الحرمةفيه تنزيلالا طلاق النصوص بل والفتاوى على المتعارف حتى قوله ﷺ «لايقربها» خصوصاً بعدمافي النصوص من أنه « يعتق الولدمع الوطىء لانه غذاه بنطفته » وفرضه في الدبر بعيد جداً ، خلافا للكركي ومن تبعه فحرمه أيضاً لصدق اسم الفرج ، ولقوله ﷺ « لاتقربها » الذى لاينا فيه خروج ماعدا الوطىء منه بالدليل، وفيه ما عرفت؛ بل الظاهر عدم استحباب العزل عن الوطىء فيه .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿ لو وطأها ﴾ مثلا حيث يجوزعلى ماعرفت من الخلاف فيه ﴿ عزل عنها استحبابا ﴾ بلاخلاف أجده بين من تعرض له ، إلا من ظاهر المحكي عن التقي وابن زهرة فأوجباه في الوطىء بالاربعة بناء على جوازه ، ولاريب في ضعفه ،ضرورة عدم وجوبه مطلقا حيث يجوز ' للاصل السالم عن المعارض، بل لولا التسامح في السنن لامكن الاشكال في ثبوت استحبابه ، أللهم إلا أن يدعى اشعار الموثق به (١) قال: « سألت أباالحسن ﷺ عن رجل اشترى جارية حاملا وقداستبان حملها ؟ فقال : بئس ماصنع، قلت : فماتقول فيه قال : أعزل عنها أم لا ؟ فقلت :أجبني على الوجهين ، قال : إن كان عزل عنها فليتق الله ولايعود ، وإن كان لم يعزل عنها فلا يبيع ذلك الولد ولايورثه ، ولكن يعتقه ويجعل له شيئا من ماله يعيش به ، لانه غذاه بنطفته » وهو كماترى ضرورة أنه لوتم اشعاره لاقتضى ثبوت الاستحباب حيث يحرم الوطىء وهو بعيد .

﴿ و﴾ على كل حال ف ﴿ لو لم يعزل كره له بيع ولدها ﴾ وفاقا للجماعة ، تنزيلا للنهي عنه في الموثق المزبور عليها ، لكن فيه أنه لاقرينة على ذلك ، أللهم إلا أن يدعى ظهور التعليل فيها ضرورة كون المنصرف منه أنه يكون بذلك كالولد فلايملكه،

---

(١) الوسائل الباب ـ٩ ـ من ابواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١

لكن قد يمنع بل ظاهر المحكي عن الشيخين والحلبيين والطوسي والديلمي حرمة البيع ، بل ظاهر ابن زهرة منهم أو صريحه الاجماع عليه ، ومن هنا جزم به بعض متأخري المتأخرين بل جزم بوجوب عتقه ، وجعل شيء له من ماله يعيش به ، للامر بهما فيما سمعته من النصوص ، بل هو ظاهر النهاية والوسيلة والغنية مدعيا عليه الاجماع في الاخير هذا .

﴿ و ﴾ لكن في المتن وغيره أنه ﴿ استحب له أن يعزل له من ميراثه قسطا ﴾ وإن كنت لم أجده في شيء مما وصل إلي من نصوص المسألة بل الموجود فيها عتقه ، وجعل شيء له من المال يعيش به ، فبناء على إرادة الندب من هذا الامر كان المتجه جعل المستحب ذلك . نعم بقي شيء وهو أنه لا فرق في ثبوت ذلك بين الوطىء في المدة وبعدها أو هو مختص به بعدها ، ظاهر المقنعة الاول ، قال : « فان وطأها قبل مضي الاربعة أشهر أو بعد ذلك ولم يعزل عنها لم يحل بيع الولد ، لانه غذاه وأنماه بنطفته ، وينبغي أن يجعل له من ماله بعد وفاته قسطا يعزله في حياته ، ولا ينسب إليه بالبنوة » وفي الوسيلة « فان مر عليها أربعة أشهر وعشرة أيام جاز له وطؤها ولم يجز له وطؤها قبل ذلك ، فإن وطأها لم يجز له بيع ولدها ، لانه غذاه بنطفته ؛ وعليه أن يعتقه ويعطيه شيئا من ماله » وفي الغنية « فان كانت حاملا لم يجز له وطؤها في الفرج حتى يمضي لها أربعة أشهر إلا بشرط عزل الماء ، فان لم يعزل لم يجز له بيع الولد ، ولا أن يعترف به ولدا ؛ بل يجعل له قسطا من ماله لانه غذاه بنطفته ، بدليل إجماع الطائفة وعن التقي « لا يحل وطىء الحامل من غيره حتى يمضي لها أربعة أشهر إلا دون الفرج ، وفيه بشرط عزل الماء ؛ واجتنابها حتى تضع أولى ، وإذا وطأ الحامل لم يحل له بيع ولدها ، ولا الاعتراف به ولداً » وفرق في النهاية فقال : « إذا اشترى جارية حبلى فوطأها قبل أن يمضي عليها أربعة أشهر وعشرة ، فلا يبيع ذلك الولد لانه غذاه بنطفته ، وكان عليه أن يعزل له من ماله شيئا ويعتقه ؛ وإن كان وطؤه لها بعد انقضاء الاربعة أشهر وعشرة أيام ، جاز له بيع الولد على كل حال ، وكذلك إذا كان الوطىء قبل انقضاء الاربعة أشهر وعشرة أيام ، إلا أن يكون قد عزل ، جاز له

بيع ولدها على كل حال ، وأما النصوص فليس فيها تصريح بالفرق بالنسبة إلى ذلك. نعم قيل إن ظاهر الموثق المزبور كون الوطيء بعد الشراء وبعد المدة المذكورة لان استبانة الحمل لاتكـون إلابعد المدة المذكورة ، والامرسهل بناء على المختار والله أعلم .

المسألة ﴿ الخامسة التفرقة بين الاطفال ﴾ المماليك وان لم يكونوا ارشدة ﴿ وأمهاتهم ﴾ كذلك ﴿ قبل استغنائهم عنهن محرمة ﴾ عند الكاتب و الشيخين والتقي والقاضي وابن حمزة والفاضل في التذكرة وظاهر القواعد والمقداد في التنقيح والعليين وثاني الشهيدين وغير هم على ما حكي عن بعضهم ، بل هو المشهور بل عن الخلاف الاجماع عليه ﴿وقيل﴾ : والقائل الشيخ في باب العتق من النهاية والحلي والفاضل في جملة من كتبه ، و أول الشهيدين و ابن فهد في المقتصر ﴿ مكروهة وهو الاظهر ﴾ .

جمعا بين مادل على الجواز من الاصل ، وعموم تسلط الناس على أموالهم (۱) وعلى خصوص العقود عليها وغيرهما ؛ ومادل على المنع كصحيح معاوية بن عمار في الصحيح (۲) « قال : سمعت الصادق عليه السلام يقول أتي رسول الله صلى الله عليه وآله بسبي من اليمن فلما بلغوا الجحفة نفدت نفقاتهم فباعوا جارية من السبي كانت أمها معهم ، فلما قدموا على النبي صلى الله عليه وآله سمع بكاؤها فقال : ما هذا البكاء فقالوا يا رسول الله احتجنا نفقة فبعنا ابنتها ؛ فبعث بثمنها فأتي بها ، وقال : بيعوهما جميعاً أو أمسكوهما جميعاً » وموثق سماعة المرسل في الفقيه (۳) «عنه عن الصادق عليه السلام عن أخوين مملوكين هل يفرق بينهما ؟ وعن المرأة و ولدها هل يفرق بينهما ؟ فقال : لا هو حرام إلا أن يريدوا ذلك » وصحيح هشام ابن الحكم (۴) «قال : اشتريت للصادق عليه السلام جارية من الكوفة

---

(۱) البحار ج ۲ ر ۲۷۲ الطبع الحديث

(۲و۳و۴) الوسائل الباب ۱۳ من ابواب بيع الحيوان الحديث ۲ـ۴ ـ۳

قال : فذهبت تقوم في بعض حوائجها ، فقالت : ياأماه فقال لها أبو عبدالله عليه السلام : ألك أم ؟ قالت : نعم فأمر بها فردت ، فقال : ماأمنت لوحبستها أن أرى في ولدي ماأكره » وخبر عمرو بن أبي نصر(١) « قلت لابي عبدالله عليه السلام : الجارية الصغيرة يشتريها الرجل فقال: ان كانت قد استغنت عن أبويها فلا بأس » وصحيح ابن سنان (٢) « عن الصادق عليه السلام في الرجل يشتري الغلام والجارية وله أخ أو اخت أو أم بمصر من الامصار ؟ قال : لا يخرجه إلى مصر آخر إن كان صغيرا ولاتشتره ، و إن كان له أم فطابت نفسها ونفسه فاشتره إن شئت » والنبوي (٣) « من فرق بين والدة وولدها ، فرق بينه و بين أحبته » .

ضرورة أنه لايخفى على الفقيه العارف بلسانهم عليهم السلام، إرادة الكراهة من أمثال هذه الخطابات، خصوصا مع عدم تقييد الموثق بالاستغناء ، واشتماله على الاخوين ؛ ولم أجد من أفتى به عدا بعض المتأخرين كثاني المحققين والشهيدين ؛ وماتسمعه من المحكي عن الاسكافي ، بل الفاضل في التذكرة مع قوله بالتحريم في الطفل والام صرح بالكراهة فيهما ، بل غيره صرح بالجواز فيهما من غير تعرض لها ، بل قد يستفاد ذلك أيضا من اقتصار الاكثر على الطفل وأمه .

فما في الرياض - من أن الاصح التعدية لغير الام من الارحام المشاركة لها في الاستيناس كالاب والاخ والعمة والخالة ، وفاقا للاسكافي وجماعة ، لتصريح الصحيح والموثق بمن عدا الاخيرين ، وظهور الحكم فيهما بعدم القائل بالفرق - في غير محله بناء على الحرمة ، خصوصاً بعد المحكي عن المبسوط من التصريح بجواز التفريق بين الولد والوالد ، بل عن السرائر نفي الخلاف فيه ، وفي جهاد التحرير قال الشيخ : «يجوز التفرقة بين الولد والوالد ، وبينه وبين الجدة أم الام ، وبين الاخوين والاختين، وبين من خرج من عمود الابوين من فوق وأسفل مثل الاخوة وأولادهم والاعمام واولادهم

(١ و ٢) الوسائل الباب ١٣ من ابواب بيع الحيوان الحديث - ٥ - ١

(٣) - المستدرك ج ٢ ص ٤٨٦

وساير الاقارب ولاخلاف في جواز التفريق بينه ، وبين الرحم غير المحرم ، وبينه وبين الام من الرضاعة والاخت منها ، »وفي جواز التفرقة بينهما في العتق؛ بل في باب البيع منه الوجه عدم كراهية التفريق بين الولد والاب : أو بين غيره من ذوي الارحام وبينه سواء قرب أو بعد ، ذكرا كان أو أنثى .

والمحكي عن أبي علي أنه طرد الحكم فيمن يقوم مقام الام في الشفقة ، وتبعه عليه غيره ، فلعله لا يريد الاخوين ، على أنه يمكن أن يكون بناه على ما ذهب إليه من حجية العلة المستنبطة المعلوم بطلانها عندنا ، كل ذلك مع إطلاق التفريق فيه الشامل للبيع و غيره ، مع أنك قد عرفت نفي الخلاف في التحرير عنه في العتق ، و عن التذكرة النص على نفي الباس عنه في السفر ، بل و في الوصية معللا له بامكان كون الموت بعد انقضاء زمان التحريم ، لكن قال : فان اتفق قبله فا شكال ، ونص أيضاً على أنه لو كانت الام مملوكة والولد حراً أو بالعكس لم يمتنع بيع الرقيق ، على أن القول بضم من سمعت من الارحام إلى الام يقتضي عدم جواز بيع الطفل ولو مع أمه إذا كان له استيناس ببعض أرحامها ، فلا يجوز للمالك إلا بيع الجميع وإن كثر العدد ، وهو مما لا يلتزمه فقيه ، خصوصاً إذا قلنا بعدم اعتبار اتحاد المالك كما يقتضيه إطلاق بعض النصوص ، فيعتبر حينئذ في صحة البيع اتفاق الملاك أجمع ، وإلا فلا يجوز لكل واحد منهم منفرداً إلى غير ذلك مما هو منكر في مذاق الشرع ، و أما الصحيح فظاهر في استغناء البنت التي قامت في بعض حوائجها ؛ فلا بد من حمله على الكراهة خصوصا بعد كون المشتري مثل هشام الذي يبعد عدم معرفته بهذا الحكم ، بل التعليل فيه وتصديقها بمجرد دعواها كالصريح في ذلك ، و خبر عمرو إنما يدل على ثبوت البأس الذى هو أعم من الحرمة ، وصحيح ابن سنان قد اشتمل على غير الام و ولدها ممن عرفت الحال فيه ، والنبوي لا يخلو من إشعار بالكراهة كما لا يخفى على من مارس كثيرا من خطاباتها .

ولكن مع ذلك فالاحتياط لا ينبغي تركه في التفرقة بالبيع ، بل وغيره من النواقل

كالهبة وغيرها ، المصرح بمساواتها للبيع ، كما قيل في التحرير و التنقيح وجامع المقاصد و إيضاح النافع و الميسية و المسالك والروضة وغيرها ، و إن كان ينبغي تقييده بالاختيارية والا فلا ، ومنه مالو ظهر استحقاق أحد هما بوجه شرعي فانتزعه المستحق ، فان الظاهر عدم المنع . أما الرد بالعيب مثلا ففي التذكرة إشكال أقربه المنع .

وعلى كل حال فالظاهر عدم المنع مع الرضا منهما بالتفرقة ، للموثق المزبور، بل يمكن القول بعدم الكراهة معه أيضا . نعم في التحرير لاتزول الكراهية برضا الأم، ولعله لمراعات حق الولد خصوصا بعد التعليق في الموثق على إرادتهما ، وفي آخر على طيب نفسهما ، فينبغي مراعاتهما معا لاالام خاصة ، مع فرض كون الولد ممن يتاذى بفراقها هذا، وفي المحكي عن التذكرة أنه إن لم تحصل التفرقة الحسية فالاقوى جواز البيع كمن يبيع الولد ويشترط استخدامه مدة البيع ، وهو جيد إقتصارا على المتيقن .

ثم إن الظاهر بناء على المنع فساد البيع كما صرح به جماعة ، بل في التذكرة ما يشعر بدعوى الاجماع عليه لظاهر النصوص السابقة المشتملة على غير النهى من رد الثمن ونحوه، لكن عن جهاد المبسوط أنه جايز على الظاهر من المذهب ، بل عنه في الخلاف أنه قواه كالسرائر، إلا أنك قد عرفت أنه ممن يقول بالكراهة هذا، وصرح جماعة أن الخلاف في الحرمة والكراهة بعد سقي اللبا، أما قبله فلايجوز لانه سبب لهلاك الولد، وهو جيد إن كان كذلك ، لكن في الحدائق أنه رأى كثيرا من الاطفال قد عاش بدون ذلك ، بأن يشرب من لبن غير أمه بعد الولادة ، وربما تعذر وجود اللبن من أمه لمرض ونحوه بعد الولادة مدة ،بل قيل إنه قد لايوجد اللبا في كثير من النساء .

نعم محل الخلاف كما عرفت قبل الاستغناء أما بعده فلا إشكال في الجواز نصاً وفتوى،بل في التنقيح نفي الخلاف عنه، بل عن إيضاح النافع الاجماع عليه. نعم في الاول في فرع ذكره قال : ظاهر الاصحاب أن التفرقة بعد الاستغناء مباحة، وقيل يكره ،

ويقرب التفصيل وهو أنه مع التمييز وإصلاح القيام بالضروريات لا كراهة، وإلا فالكراهة وهو ليس خلافا في أصل الجواز وأمر الكراهة سهل .

﴿ و﴾ على كل حال فالمشهور كما في التذكرة أن ﴿ الاستغناء يحصل ببلوغ سبع ﴾ من غير فرق بين الذكر والانثى ، ﴿ وقيل : يكفي استغناؤه عن الرضاع ﴾ ولعل ذلك مقتضى إطلاق المحكي عن المقنعة والنهاية والمراسم الاستغناء ، بل قيل إن الشيخ والجماعة كذلك في باب الجهاد ﴿ والاول أظهر ﴾ عند المصنف إستصحابا للحكم ، ولغلبة الاذية قبلها ، إلا أن الاظهر منه جعل المدار على تحقق الاستغناء عرفا، وهو مختلف باختلاف الاطفال والامهات ، لاطلاق الدليل السالم عما يقتضي تقييده بالسبع أو غيره ، و احتمال نظر الاصحاب في المقام إلى الحضانة يدفعه ما عرفت من شهرة السبع هنا من غير فرق بين الذكر والانثى ، و المعروف فيها هناك كذلك .

ومن ذلك يظهر ما في جامع المقاصد وإن تبعه عليه في الروضة والمسالك والرياض ومحكي الميسية . قال : « الذي يقتضيه صحيح النظر الفرق بين الذكر والانثى، لان الفرق في حضانة الحرة قد وقع، فيجوز التفرقة بعد سنتين في الذكر وبعد سبع في الانثى على المشهور بين المتأخرين ، فينجر ذلك في الامة ، لان حقها لا يزيد على حق الحرة ؛ ولان الناس مسلطون على أموالهم ، خرج منه ما دل الدليل على منع التفرقة بين مطلق الامهات والاولاد ، فيبقى الباقي على الاصل ولان الاخبار الدالة على عدم جواز التفريق لا حد فيها. فيحمل إطلاقها على المدة المحرمة ، بمقتضى الحضانة ، لان ذلك هو الحق المقرر للام ، وكون الولد معها في نظر الشارع و إطلاق الاصحاب يحتمل أمرين، إما الحوالة على ما هناك، أو عدم الظفر بما يعين المراد ، وقد صرح بعض الاصحاب و هو الشيخ أحمد بن فهد بأن المسألة هنا مبنية على الاقوال في الحضانة فكان شاهدا بما قلناه ، وهذا هو الصواب الذي ينبغي المصير اليه».

وفيه أن ملاحظة كلامهم في المقامين تقضي بالقطع بعدم بناء هذه المسألة عندهم على تلك المسألة التي فصل المشهور فيها بين الذكر و الانثى ، بخلاف هذه ، كما أن الاولوية واضحة المنع ، لان المراد هنا التفرقة بالبيع ونحوه ، بخلافه في الحرة. وقد عرفت تصريح الفاضل بجواز التفريق بينهما ببيع الرقيق منهما لو كان أحدهما حرا من غير ملاحظة للحضانة ، بل قد عرفت غير ذلك مما لا ينطبق عليها، فأحسن شيء حمل كلام المشهور هنا على إرادة حصول الاستغناء غالبا بالسبع ، وإلا فالمدار ما قلناه خصوصا بعد ما عن التذكرة من تعليل كون الغاية السبع بكونها سن التمييز ، فيستغني عن التعهد والحضانة .

وأقرب منه إرادة من أطلق التحديد بالاستغناء كالمقنعة والنهاية و المراسم مما ذكرنا من الايكال الى العرف ، ومن ذلك يعلم جودة ما عن إيضاح النافع حيث أنه بعد أن حكى عن ابن فهد ما عرفت ، قال : إنه ليس بشيء إذ هو كذلك ، وليس في شيء من كلام الاصحاب ما يشعر بذلك ، سوى ما عن مبسوط الشيخ من تعليله الحاق الجدة بالام ، بأنها بمنزلتها في الحضانة ، ويمكن عدم ارادة دوران الحكم على ذلك والله أعلم. هذا كله في الاناس ، أما البهائم فقد صرح غير واحد بجواز التفرقة فيها بينها قبل الاستغناء عن اللبن وبعده ، نعم قيده بما إذا كان مما يقع عليه الذكاة أو كان لها ما ينمو به من غير لبن أمه، ولعله لعدم جواز إتلاف المال أو خصوص الحيوان منه بغير الطريق الشرعي كالذبح ، ولتحقيق ذلك محل آخر والله اعلم .

المسألة ﴿ السادسة من أولد جارية ﴾ قد اشتراها مثلا جاهلا ﴿ ثم ظهر أنها مستحقة ﴾ للغير ببينة شرعية أو نحوها ﴿ انتزعها المالك ﴾ منه بلا خلاف ولا إشكال ﴿ و ﴾ المشهور نقلا وتحصيلا شهرة عظيمة ، بل عن الخلاف الاجماع ، أنه يجب ﴿ على الواطيء عشر قيمتها ﴾ بدخول أرش الجناية على الاقوى ﴿ إن كانت بكرا ﴾ أي لم يمسها رجل ولم تذهب عذرتها ، وقد يقوى الاكتفاء بالثاني وفي شرح الاستاد أن الاكتفاء بالاول

أقوى ﴿ونصف العشر إن كانت ثيبا﴾ لصحيح الوليد بن صبيح (١) عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها ؟ فقال : إن كان الذي زوجه إياها من غير مواليها فالنكاح فاسد ،قلت : فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ فقال: إن وجد مما أعطاها شيئا فليأخذه وإن لم يجد شيئا فلاشي له عليها وإن كان الذي .... زوجه إياها ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه ، ولمواليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكراً ، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها ، وتعتد منه عدة الامة، قلت : وإن جائت منه بولد قال : اولادها منه احرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى » والصحيح الاخر (٢) «أرأيت إن أحل له مادون الفرج فغلبته الشهوة فاقتضها فقال لا ينبغي له ذلك : قلت : فا ن فعل يكون زانيا ؟ قال : لا و يكون خائنا ، ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً وإن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها » وغيرهما ،و مغايرة المورد للمقام يدفعه اتحاد طريق المسألتين ، واشعار الاول بالعموم بالتعقيب بماهو كالتعليل من استحلال الفرج المحقق هنا بل عن بعض اصحابنا الاستدلال به بالفحوى ، كل ذلك مع أن عبارة المصنف كما سمعت غير خاصة بالبيع ؛ و نحوها عبارة القواعد ، بل في شرح الاستاد جعل موضوع المسألة ظهور إستحقاق الامة الموطوءة بزنا أو غيره من نكاح أو تحليل أو ملك أو شبهة بأحدها ،لعدم مالكية المالك أو ظهور فساد العقد له ﴿و﴾ لعله كذلك .

﴿قيل﴾ والقائل الشيخ في المحكي من غصب المبسوط وابن ادريس ﴿يجب مهر أمثالها﴾ الذى هو عوض منفعة البضع شرعاً مع عدم التسمية من غير فرق بين الحرة والامة ، بل عن بعضهم إتمام ذلك بأن الرواية (٣) إنما وردت فيمن اشترى جارية و وطأها وكانت حاملا من سحق أو غيره ، وأراد ردها فلا يقاس عليه ، ﴿و﴾ لكن قد

---

(١) الوسائل الباب - ٦٧ - من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث -١

(٢) الوسائل الباب ٣٥ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث - ١

(٣) الوسائل الباب ٥ من ابواب احكام العيوب الحديث -٢

عرفت أن ﴿الاول﴾ مع كونه مشهوراً شهرة عظيمة بل قد سمعت دعوى الإجماع عليه ﴿مروي﴾ في الصحيحين و غيرهما مضافا إلى المرسل المزبور المتمم على تقديره بعدم القول بالفصل ؛ فلامناص حينئذ عن القول الاول بل في شرح الاستاد أن الاقوى التوزيع في المبعضة ، فضلا عن مفروض المقام ، لا الرجوع إلى مهر المثل.

و كيف كان فالظاهر عدم الفرق بين علم الامة بالحال وعدمه على القولين ، بل صحيح صبيح ظاهر في الاول ونفي المهر للبغي إنما هو في الحرة كما يشعر به اللام الظاهرة في الاستحقاق ، بل لعل لفظ المهر كذلك ، ولذا يطلق على الحرة المهيرة فما في الدروس هنا من نفي المهر لهامع العلم و عدم الإكراه واضح الضعف ؛ وإن حكى عن جماعة المحقق الثاني وغيره اختياره في باب الغصب.

ولو اختلفا في البكارة وعدمها قدم قول الواطيء ، و يحتمل تقديم قول المالك عملا بالأصل ، وفي الممسوسة في القبل من دون فض البكارة أو في الدبر وجهان أقواهما عند الاستاد إجراء حكم البكارة فيها ، والأظهر خلافه ؛ كما أن الظاهر اجراء حكم الواحد على تكرر الوطيء في الوقت الواحد قبل الغرامة ، أما إذا كان بعد الغرامة فالظاهر التعدد بل قيل إن مثله إختلاف الوقت ، وفيه منع ، ضرورة ظهور النص والفتوى في أن الغرم ذلك ولو استمر الاشتباه إلى الولادة ؛ والغالب التعدد مع ذلك .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿الولد حر﴾ للاصل و التبعية لاشرف الابوين وصحيح الوليد (١) السابق وغيره ، ومحكي الاجماع عن المبسوط والخلاف وغيرهما ، بل لا أجد فيه خلافا إلا ما عن المقنعة من رقية الولد إلا أن يرضيه الاب عنه بشيء ؛ بل قيل: إن مثلها النهاية إلا أنه قال : «وقبض ولدها» إلى آخره ، ولعله لما في موثق سماعة (٢)

(١و٢) الوسائل الباب -٦٧- من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١-٢ .

« من أن ولده مملوك إلا أن يقيم البينة ، أنه شهد له شاهدان أنها حرة ، فلا يملك ولده ويكونون أحراراً » وخبر زرارة (١) «إلا أنهما مع عدم شهادتهما بتمام المدعى . و إمكان حملهما على صورة الزنا و غيرذلك ، معارضان بما هو أقوى سنداً و أكثر عدداً من النصوص المعمول بها بين الاصحاب ، ﴿و﴾ حينئذ فلا ريب فـي ضعف القول المزبور .

نعم ﴿على أبيه قيمته يوم ولد حيا﴾ لقول الصادق عليه السلام فـي مرسل جميـل (٢) «ويأخذ الرجل ولده بقيمته» وفي موثقة (٣) «ويدفع المبتاع قيمة الولد . ويرجع على من باعه بثمن الجارية ، وقيمة الولد التي أخذت منه» إلى غيرذلك من النصوص المراد منها وجوب القيمة تعبداً لا شرطية الحرية بها ،﴿و﴾ قد عرفت تصريح الموثق أنـه ﴿يرجع﴾ المشترى ﴿على البايع﴾ بالثمن، و ﴿بما اغترمه من قيمة الولد﴾ لمكان الغرور ، وتعرف إنشاء الله في المسألة العاشرة تمام الكلام فـي كثير مما له تعلق فـي المقام كقيمة الولد وغيرها .

﴿وهل يرجع﴾ المشترى على البايع ﴿ بما اغترمه من مهر وأجرة ﴾ ونحـو هما﴿ قيل : نعم لان البايع أباحه من غير عوض﴾ فهو مغرور متضرر برجوع المالك عليه بذلك ، ونحوه الذى صرح به في خبر زرارة (٤) «قال : قلت لابى عبدالله عليه السلام : رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً ؛ ثم إنه أتاها من يزعم أنها له ، وأقام على ذلك البينة ،قال : يقبض ولده، ويدفع إليه الجارية ؛ ويعوضه قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها » وربما كان في الرجوع بقيمة الولد إشارة إليه في الجملة ، ﴿وقيل لا لحصول عوض في مقابلته ﴾ وقد تقدم تحقيق ذلك في بحث

(١) الوسائل الباب ٦٧ من ابواب نكاح والعبيد و الاماء الحديث ٣

(٢-٣) الوسائل الباب- ٨٨- من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣ - ٥.

(٤) الوسائل الباب ٨٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢

الفضولي والبيع الفاسد فلاحظ و تأمل .

المسألة ﴿ السابعة : مايؤخذ من دار الحرب ﴾ أو من أهلها في غيرها ﴿ بغير اذن ﴾ النبي صلى الله عليه وآله أو ﴿ الامام ﴾ القائم مقامه عليه السلام من أموال و أعراض و أراضي وأشجار وسرايا أو نحو ذلك بسرقة أو خيانة أو خدعة أو أسر أو قهر من غير جيش أو جيش من غير قهر أو غير ذلك ، فهو لآخذه ، كالمأخوذ باذنه لاطلاق مادل من كتاب وسنة و إجماع على جواز اغتنام مال الكفار وسبيهم ، بل ظاهرهما كونهم وما في أيديهم من المباحات التي يملكها من يحوزها ويستولي عليها، وإنما يلزم فيه الخمس كساير الغنايم ، كما أومىء إليه عليه السلام في قوله(١) «خذ مال الناصب حيث وجدته ، وادفع إلينا الخمس ».

فما في الحدائق ـ من التوقف في الحكم من أصله لعدم الوقوف على نص يدل عليه ، وأخبار الناصب لادلالة فيها على التعميم ـ واضح الضعف ، بل في شرح الاستاد أن تملك الامام بحيازة الغير هنا مخالف للاصل وللاجماع و الاخبار ، قلت : مضافا إلى خصوص بعض النصوص (٢) الدالة على جواز شراء الكفار بعضهم من بعض ، وقد تقدم سابقاً بعض منها .

نعم مايؤخذ بغير إذن الامام بقهر جيش أو سرية ، كله للامام عليه السلام خاصة ، لا للغانمين ، ولا لغيرهم بلا خلاف أجده فيه ، بل عن بعضهم الاجماع عليه . وفي خبر الوراق (٣) « عن رجل سماه عن الصادق عليه السلام إذا غزى قوم بغير إذن الامام فغنموا كانت الغنيمة كلها للامام عليه السلام وإن غزوا باذن الامام فغنموا كان للامام الخمس» و الحسن كالصحيح (٤) « قلت للصادق عليه السلام السرية يبعثها الامام عليه السلام فيصيبوا غنائم

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب مايجب فيه الخمس الحديث ـ ٦

(٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب بيع الحيوان

(٣و٤) الوسائل الباب ١ من ابواب الانفال الحديث ١٦ ـ ٣

كيف تقسم ؟ قال إن قاتلوا عليها مع أمير أمره الإمام أخرج منه الخمس لله تعالى والرسول صلى الله عليه وآله وسلم وقسم بينهم ثلاثة أخماس ، وإن لم يكونوا قاتلوا عليها المشركين كان كلما غنموا للامام عليه السلام يجعله حيث أحب» وما فيه من قسمة الخمس ثلاثة أخماس مما هو شاذ لاقائل به ، غير قادح في الدلالة على المطلوب .

نعم قد تقدم في كتاب الخمس أن المصنف توقف في النافع في ذلك ، بل في المنتهى «قوة قول الشافعي الذي هو المساواة في الفرض للمأذون فيه» بل في المدارك إنه جيد لاطلاق الادلة الواجب تقييده بما سمعت مع أنها من خطاب المشافهة ولخصوص حسن الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام «في الرجل من أصحابنا يكون في لوائهم فيكون معهم فيصيب غنيمة ، فقال: يؤدي خمساً ويطيب له» مؤيداً بما في صحيح ابن مهزيار (٢) المشتمل على ذكر ما يجب فيه الخمس إلى أن قال : « و مثل عدو يصطلم فيؤخذ ماله » و لما يظهر من بعض أخبار التحليل (٣) من كون الاباحة لنصيبهم في الفيء لا إباحة جميعه ، ولا نصيب لهم إلا الخمس .

قال امير المؤمنين عليه السلام في المروي عن العسكري عليه السلام (٤) «يارسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قد علمت أنه سيكون بعدك ملك عضوض وجبر فيستولى على خمسي من السبي والغنائم ويبيعونه ، ولا يحل لمشتريه لأن نصيبي فيه وقد وهبت نصيبي منه لكل من ملك منه شيئا من شيعتي » إلى آخره ، ونحوه غيره ، إلا أن ذلك كله يجب الخروج عنه ، وحمله على ما لاينافي المطلوب لما عرفت من المفروغية من الحكم ، والله العالم .

و الظاهر عدم تأثير الاجازة اللاحقة وإن كان لم يستبعده شيخنا في شرحه الحاقا له بمسألة الفضولي ، ولو اختلف الآخذون بالاذن وعدمه لحق كلا حكمه كما أنهم إذا أخذ بعض الجيش غيلة وبعض قهر الحق أيضاً كلا حكمه .

(١و٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب مايجب فيه الخمس الحديث ٨ - ٥

(٣) الوسائل الباب ٤ من ابواب الانفال

(٤) الوسائل الوسائل الباب ٤ من ابواب الانفال الحديث ٢٠

وكيف كان فالأصول والضوابط تقتضي حرمة التصرف فيما كان للامام عليه السلام ضرورة كونه من العدوان وأكل مال بالباطل ؛ ولكن ﴿يجوز﴾ لخصوص الشيعة تملكه في حال الغيبة ﴿ رخصة منهم عليهم السلام في ذلك إجماعاً بقسميه والنصوص(١) نعم الاحوط إن لم يكن الأقوى اعتبار قصد التملك أو عقد، بل في شرح الأستاد اعتبار ذلك، وأنه بدونه يبقى أمانة له عليه السلام ويجري عليه حكم التحجير ؛ ولا استبعاد في خصوص الملك للتملك بعد إذنه عليه السلام في ماله ، أو فيما له الولاية عليه ؛ بل لا استبعاد في دعوى الملك لخصوص الشيعة بمجرد الاستيلاء، وأنهم أباحوا لهم أموالهم إباحة صيرتها لهم كالمباحات الأصلية ، ضرورة رجوع ذلك كله إلى الشرع الذي لا ينبغي الاستبعاد معه كما هو واضح .

وعلى كل حال متى ملكه الشيعي جاز تملكه لغيره منه ولو كان الغانم غير شيعي جاز الشراء منه والاتهاب ونحوهما من العقود المملكة ، استنقاذاً لا شراء حقيقياً . ومن هنا ينقدح جواز الأخذ منهم قهراً مع عدم منافاة التقية ، وفي شرح الاستاد أن جواز ذلك وجه وجيه .

﴿و﴾ على كل حال فله أي الشيعي ﴿وطيء الامة﴾ المغتنمة إذا تملكها باغتنام أو شراء من المغتنم إذا لم يكن استنقاذاً والا فبالاستيلاء أو قصد التملك بعده، أو أحلها له المغتنم أو أنكحها إياه إذا كان ممن له ذلك ، والا فبالاستيلاء المزبور ، ومن هنا يظهر لك وجه خبث ولادة غير الشيعة الذين لم يرخص لهم . فان وطأهم للاماء المملوكة لغيرهم زنا ، نعم يمكن اجراء حكم الشبهة على أولادهم على اشكال في بعض الافراد .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿يستوي في ذلك﴾ الحكم الذي ذكرناه ﴿ما يسبيه المسلم وغيره﴾ الا أن الرخصة المزبورة خاصة للشيعة ﴿وان كان فيها حق للامام﴾ مثل

---

١ ــ الرسائل الباب ٤ من ابواب الانفال

القسم الاول ﴿أو كانت﴾ كلها ﴿للامام عليه السلام﴾ مثل القسم الثانى إلا أن الظاهر قصر الرخصة في الاول على خصوص المناكح و المساكن والمتاجر ، ويحتمل أن يكون الترديد إشارة لما سمعته من القولين فى الغنيمة بجيش و أمير من دون إذن الامام، من أنها أجمع للامام ، أو الخمس كما عرفت الكلام فيه ، وقد تقدم في باب الخمس تمام الكلام في ذلك فلاحظ وتأمل ، ومنه تعرف نوع إجمال فى عبارة المتن و غيره ، و الله أعلم .

المسألة ﴿الثامنة : إذا دفع إلى مأذون مالا ليشتري به نسمة ويعتقها ، ويحج عنه بالباقي فاشترى أباه ودفع إليه بقية المال فحج به؛ ثم اختلف مولاه ، وورثة الامر ومولى الأب ، و كل يقول اشترى ﴾ بعين ﴿مالي فقيل﴾ والقائل الشيخ في النهاية والقاضي على ما حكي عنه ﴿يرد إلى مولاه رقا ، ثم يحكم به لمن أقام البينة على رواية أبن أشيم﴾ عن أبي جعفر عليه السلام (١) المشهورة كما في الدروس ؛ و لعله يريد رواية لا فتوى «قال : لعبد لقوم مأذون له في التجارة دفع إليه رجل ألف درهم فقال : إشتر بها نسمة واعتقها عني وحج عني بالباقي ثم مات صاحب الالف فانطلق العبد فاشترى أباه و أعتقه عن الميت ودفع إليه الباقي ليحج عن الميت فحج عنه ، و بلغ ذلك موالى أبيه، ومواليه وورثة الميت جميعاً فاختصموا جميعاً في الالف فقال موالي العبد المعتق إنما اشتريت أباك بما لنا ، وقال الورثة : إنما اشتريت أباك بمالنا ، وقال : موالي العبد إنما اشتريت اباك بمالنا ؟ فقال : أبو جعفر عليه السلام أما الحجة فقد مضت بما فيها لا ترد ، وأما المعتق فهو رد في الرق لموالى أبيه ، وأي الفريقين بعد أقاموا البينة على أنه اشترى أباه من أموالهم كان له رقا.

﴿وهو﴾ أي القول ﴿ضعيف﴾ كضعف الخبر لجهالة الراوى أو غلوه وسبق بعض أصحاب الاجماع عليه غير مجد على الاصح ؛ ولمخالفة أصول المذهب وقواعده باعتبار اشتماله على الامر برد العبد إلى مولاه مع اعترافه ببيعه ودعواه الفساد التى يقدم

١ـ الوسائل الباب ٢٥ من ابواب بيع الحيوان الحديث ١

مدعي الصحة عليها، وعلى مضي الحجة، مع أن ظاهر الامر حجة بنفسه، وعلى مضي الحج مع العود إلى الرق المقتضي لوقوع حجه بغير إذن سيده.

بل في شرح الأستاد أن ظاهر الخبر الاذن في التجارة للمولى ، فكيف تصح المعاملة حتى يترتب عليها صحة الحج، كما أن ظاهره أيضاً الوكالة عن الدافع فتنفسخ بموت الموكل فيبطل البيع والعتق والحج ، وبعد تسليم انها وصاية فليست هي من التجارة فلا تصح ، ولا يصح ما تفرع عليها من الثلاثة بل الاحجاج لا يدخل في التجارة لسيده ولا لغيره . فكيف يمكن شراء مال شخص بمال منه .

وإن كان قد يناقش بمنع ظهور الخبر في الاول ولو بقرينة عدم دعوى مولى المأذون بذلك بل والثاني، ضرورة ظهور عبارة الدافع في فعل ذلك بعد موته، الظاهر في كونه وصاية، وعدم انكار مولى المأذون ذلك على العبد قرينة على إرادة الاعم من الاذن في التجارة، فالاحجاج بعد تسليم أنه ليس من التجارة لغير سيده من المأذون فيه حينئذ كالعتق والغفلة ونحوها عن شراء مال شخص بمال منه غير مستنكرة ، فانحصرت المخالفة حينئذ فيما ذكرناه أولا، ولها وللضعف مع عدم الجابر طرح الخبر المزبور .

وقيل أنه يرد العبد ﴿إلى مولى المأذون ما لم يكن هناك بينة، وهو أشبه﴾ عند المصنف والعجلي وتبعهما الفاضل والشهيدان والكركي وغيرهم ، بل نسب إلى الاكثر ، لان يد السيد على العبد وما في يده ، ولا يقبل إقراره عليه وإن كان وكيلا ، بخلاف الحر ، كما لا يقبل بعد حدوث يد المأذون دعوى الملكية من مولى الاب بلا بينة، فضلا عن دعوى الفساد ، وكذا دعوى ورثة الدافع ، بل قد لا يتصور دعواهم بعد اعترافهم بأمر مورثهم بذلك كله .

نعم إن أنكروه كلا أو بعضاً اتجه لهم الدعوى ؛ بل من الواضح أنه على هذا

القول لافرق بين كون العبد الذي اعتقه المأذون أباله، أولا ،وإن كانت الرواية تضمنت الاول،لاشتراكهما في المعنى المقتضي لترجيح قول ذي اليد ، ولا بين دعوى مولى الاب شراؤه من ماله ، بأن يكون قد دفع للمأذون مالا ليتجر به، فاشترى أبا دمن سيده بماله وعدمه ، لانه على التقدير الاول يدعى فساد البيع ، ومدعي صحته مقدم ،وعلى الثاني إماأن يدعيه أيضاً بان يدعى سرقة عين الثمن منه مثلا ، أو ينكره فيكون خارجاً لمعارضة يده القديمة يد المأذون الحادثة فتقدم ، والرواية تضمنت الاول ، كذا في الرياض وفيه نظر ، ولا بين استيجاره على حج وعدمه ، لعدم مدخلية ذلك في الترجيح ،وإن كانت الرواية تضمنت الاول كما هو واضح .

وفيه منع عدم قبول الإقرار من العبد على السيد بعد فرض كونه مأذونا في ـ التجارة وغيرها وللسيد وغيره، ضرورة كونه حينئذ كالحر في الامانة فتشمله الادلة كما أنه ليس لورثة الدافع الدعوى بعد تسليم الوصاية من مورثهم بذلك ،وعدم ما يمنع من انفاذها فتنحصر الدعوى حينئذ في مولى الاب الذى هو مدعى الفساد فلا يسمع قوله بلا بينة .

ومن هنا قال المصنف في النافع إن الذى يناسب الاصل في المسألة الحكم بامضاء ما فعله المأذون مالم تقم بينة تنافيه،و قواه في الدروس مع الإقرار بذلك، والذى يقوى في النظر بعد طرح الخبر المزبور ملاحظة موضوع المسألة، إذ المأذون إن قصرت إذنه على التجارة لمولاه فهو عاد في فعله، باطل عمله،ولا يد له حتى يصدق في قوله، إنما اليد لمولاه، وهو مصدق فيما ادعاه فيبطل العقد ويرجع المال إلى المولى وإن عمت إذنه في التجارة له ولغيره وكان الشراء بالوكالة مع حياة الدافع صح الشراء، وكان القول قول المأذون في أنه للدافع وورثته مع اليمين ، وتسقط دعوى مولاه ودعوى مولى الاب بعد الاقرار ببيعه ويحكم بفساد العتق و الحج ،وإن كانت عامة للتجارة وغيرها له ولغيره كان القول قول المأذون كما عرفت ، ولو سلم ورثة الدافع الأذن في الشراء فقط؛ كان الملك ولا عتق ،

ولا حج ؛ فيرجع الباقي إليهم ، وإن اعترفوا بالعتق دون الحج ، صح العتق وطولب بما بقي للحج وإن أنكروا الجميع كانت الالف لهم ، إلى غير ذلك مما لا يخفى انطباقه على الضوابط لو فرض .

هذا كله بعد طرح الخبر المزبور ؛ وقد يحتمل العمل وتدفع المخالفة الثانية بأن المراد حصول الحج ولو بغيره ، خصوصاً والخطاب مع المأذون فيتبع فهمه من خطابه والفرض أنه فهم منه ذلك ، والثالثة بأن صحة الحج أمر اخروي لا يجرى على الحكم الظاهرى فقد يحكم بصحة الحج لعلم الوصي مثلا ، وإن لم يثبت ظاهراً بل يمكن ابتناء صحته على الإذن لاب المأذون في الحج تبرعاً عن الميت أو مطلقا -وليس في الرواية ما يفيد استحقاق العبد شيئا من المال . أو على أنه قد استعمل في ذلك مع عدم العلم بالفساد فحجه حينئذ صحيح ، وإن استحق أجرة المثل ؛ وليس في الرواية ما ينفيها أو على غير ذلك .

وأما المخالفة الاولى ففي القواعد دفعها بأن المراد إنكار مولى الاب البيع من أصله ، وفيه أنه مخالف لصريح الرواية اللهم إلا أن يكون ما أقر به ليس بيعاً لغة لعدم المبادلة فيه ، أو يكون المراد إنكار البيع للاخرين ؛ ولا ينافيه دعوى البيع بماله ، إذ هي أمر زائد على الإنكار ، وبذلك يخرج عن قاعدة تقديم مدعي الصحة على مدعى الفساد ، إذ هي في الدعوى المتحدة ، لا في مثل الفرض الذي ضم إلى الإنكار دعوى الفساد بشراء عين لا يصح شراؤها كما لو قال : بعتك الدار فأنكر المدعى عليه ثم قال : بعتني خنزيراً ، وتقديم الاصحاب مدعى الصحة في مسألة الخل والخمر . والشاة والخنزير ، إنما هو فيها إذا اتفقا على تعين المبيع ، واختلفا في كونه خلا أو خمراً أو شاة أو خنزيراً لا في نحو الفرض الذى لا دليل على تشخيص أصل الصحة فيه موضوع البيع الذى هو لاثبات الوصف بها دون غيره ، ولعل هذا أولى مما تسمعه من الشهيد ، لما تسمعه من المناقشة ، ولانه لا يتم مع

مع فرض الدعوى من الورثة أو المولى خاصة ، ضرورة عدم التصادم ، وظاهر النص تقديم دعوى مولى الاب، وإن لم يكن المدعي الا أحدهما، للحكم فيه باحتياج كل منهما إلى البينة ، ثم لا يخفى عليك الداخل والخارج على هذا التقدير ، كما لا يخفى عليك ترجيح أي البينتين بعد الاحاطة بما ذكرناه في كتاب القضاء فلاحظ وتأمل جيداً؛ وفي الدروس بأنه قد يقال أن المأذون بيده مال لمولى الاب و غيره ، و بتصادم الدعاوى المتكافئة يرجع إلى أصالة بقاء الملك على يد مالكه، ولا يعارض فتواهم بتقديم دعوى الصحة على الفساد ، لان دعوى الصحة هنا مشتركة بين متقابلين متكافئين فيتساقطان وهذا واضح لا غبار عليه، وقد يناقش بمنع تكافؤ الدعاوى بعد تسليم أن بيده مالا للجميع لأن من عدا مولاه خارج والداخل مقدم فسقط مولى الاب وورثة الامر فلم يتم الرجوع إلى أصل بقاء الملك على مالكه ، وبذلك يظهر فساد دعوى اشتراك الصحة بين متكافئين فان الخارجة لا تكافي الداخلة ، فاذا قدمت لم يبق لرد الدعوى المشتملة على فساد البيع مانع اذ لم ينقدح توجهها إلا بسبب تساقط تلك الدعويين ولم يتم ، وقد تدفع بمنع كون المولى داخلا بعد فرض استناده الى السبب الخاص و بعد فرض كون العبد مأذونا مطلقا و بيده مال للجميع، نعم المتجه بناء على ما ذكرنا نفوذ اقراره على السيد وغيره ممن وكله فلم تتصادم الدعاوى المتكافئة كما أنه قد يمنع اعتبار عدم تصادم دعوى الصحة في التقديم على دعوى الفساد ، بل يقدمان عليها ثم ينظر في الترجيح بينهما ، فان لم يكن فالقسمة أو القرعة أو نحوهما فتأمل جيدا .

هذا كله مع عدم البينة ومعها تقدم إن كانت لواحد . وإن كانت لاثنين أو للجميع وقلنا بأن مولى المأذون منهم داخل وما عداه خارج ، وأن بينة الداخل مقدمة على الخارج عند التعارض ، كان الترجيح لبينة مولى المأذون حينئذ بلا يمين حينئذ و إن لم يكن له بينة أو كانت وقلنا بترجيح بينة غيره عليه ؛ لانه خارج تعارض الخارجان حينئذ ؛ و لعل الاقوى وفاقا لجماعة تقديم بينة الدافع عملا بمقتضى الصحة، مع احتمال تقديم بينة

مولى الاب لادعائه ماينافي الاصل ، وهو الفساد فمولى الاب بالنسبة إلى ورثة الدافع مدع خارج ، فتقدم بينته لانه مدع بأحد تفاسير المدعي لانه يدعي ماينا في الاصل ويضعف بأنه مدع وخارج بالاضافة الى المولى المأذون كما ان الاخر ايضا مدع وخارج بالاضافة إليه ، ولايلزم من كون دعوى أحدهما توافق الاصل ودعوى الاخر تخالفه أن يكون أحدهما بالاضافة إلى الاخر مدعيا وخارجا فترجح بينته ، وتقديم بينة مدعي الفساد إنما يكون حيث لايقطع بكون الاخر مدعيا ؛ فأما إذا قطع به وأقاما بينتين ؛ فلابد من الترجيح وهو ثابت في جانب مدعي الصحة ، ومن ذلك يعلم الحال بناء على خروج مولى المأذون أيضا واقام بينة فترجح حينئذ على بينة ذي الفساد بأصالة الصحة مع احتمال تقديم مدعى الفساد هنا لكونه مدعيا حينئذ بالنسبة إليهما ، وعلى الاول يبقى الترجيح بين دعوى مولى المأذون وورثة الدافع . والله أعلم .

المسألة ﴿التاسعة﴾ روى ابن مسلم (١) عن الباقر عليه السلام في الضعيف أنه ﴿إذا اشترى﴾ رجل من رجل ﴿عبدا﴾ أي موصوفا ﴿ في الذمة ﴾ وكان عنده عبدان ف ﴿دفع البايع إليه عبدين و قال :﴾ للمشتري اذهب بهما ف ﴿اختر أحدهما﴾ و رد الاخر ، وقد قبض المال فذهب بهما المشترى ﴿ فأبق أحدهما ﴾ من عنده ، فقال عليه السلام ليرد الذى عنده منهما ويقبض نصف الثمن مما أعطى من المبيع ؛ ويذهب في طلب الغلام ؛ فان وجده اختار أيهما شاء ، ورد النصف الذى أخذ وإن لم يجده كان العبد بينهما ، نصف للبايع ، ونصف للمبتاع » وقد عمل بها الشيخ في نهايته وابن البراج بل في الروضة نسبة العمل إلى أتباعه ، بل في الدروس نسبته إلى الاكثر وإليه أشار المصنف بقوله : ﴿قيل يكون التالف بينهما ويرتجع نصف الثمن فان وجده اختار وإلا كان الموجود لهما وهو بناء على انحصار حقه فيهما ﴾ وزاد في الدروس و على تساويهما في القيمة ومطابقتهما للوصف ؛ وعدم ضمان المشترى هنا ؛ لانه لايزيد على

١ـ الوسائل الباب ١٦ من ابواب بيع الحيوان الحديث ـ ١

المبيع المعين الهالك في مدة الخيار فانه من ضمان البايع ، وقد يشكل الاول بأن المبيع أمر كلي لايتشخص بتشخيص البايع ،ودفعه الاثنين ليتخير أحدهما ليس تشخيصا وإن حصر الامر فيهما ، لاصالة بقاء الحق في الذمة ، إلاأنه يثبت شرعا كون ذلك كافيا كمالو حصره في عشرة فصاعدا ، وقد يدفع بأنه يكفى فيه دفع البايع ذلك بعنوان كون الحق فيه ورضا المشترى بذلك ، فقبضه على هذا ؛ فهو فى الحقيقة كدفع المتحد و قبضه ؛ إلاأنه لماكان التحقيق الذي قدمر في مسألة الصاع من الصبرة ، أن الاصل عدم ملك الكلي المعين في غير الذمة ، وجب حينئذ تنزيل الكلي فيهما حينئذ على الاشاعة تخلصا من ذلك ،فملك المشترى حينئذ نصفا من كل منهما ، إلا أن له الخيرة فى تعيين النصفين بواحد ، بل للبايع الزامه بذلك ، باعتبار أنه هو الذى وقـع عليه العقد ،فاذا تلف أحدهما قبل التعيين كان مقتضى قاعدة الشركة كونهما منهما ،إلا أنهـم حكموا بارتجاع النصف ، لعدم ضمان المشترى هنا ، لانه لا يزيد على المبيع المعين الهالك في مدة الخيار ، فلاأقل من أن يكون هذا الخيار كذلك ، أو ينزل على كون الاباق فى الثلاثة، بناء على الحاق المدفوع مصداقا بماوقع عليه البيع من الحيوان ، أولانه باعتبار بقاء الخيار فيه كان كالمقبوض بالسوم ، بناء على أنه غير مضمون ، أوأنه وإن قلنا بضمانه الاانه فرق بينه وبين المقام كماستعرف .

نعم قد يقال المتجه بناء على ذلك عدم الفرق بين التساوي في القيمة وعدمه، وبين التطابق وعدمه، بعد فرض الرضا منهما جميعا بانحصار الحق فى المدفوع ، وإن كان ظاهر موضوع الخبر ذلك ،لكن الانصاف أن جميع ذلك دعوى مخالفة لاصول المذهب وقواعده بلاشاهد معتبر حتى الخبر المزبور ، لعدم الجابر له، إذا لاكثرية لم نتحققها ، بل المتحقق خلافها فطرحه خير من تنزيله على ذلك ، أوعلى تساوى العبدين من كـل وجه ليلحق بمتساوى الاجزاء ؛ كما عن المختلف فجوز بيع عبد منهما كمـا يجوز بيع قفيز من الصبرة ، وينزل على الاشاعة إذ فيه أولا وضوح الفرق بين العبد و الصاع

لعدم إمكان تساويهما من كل وجه ؛ ولذا كان ضمانه لو تلف بقيمته لا مثله، وثانياً منع التنزيل على الاشاعة في الصاع من الصبرة كما عرفت البحث في محله ؛ وثالثاً أنه يحتاج أيضا في عدم ضمان المشترى فيه على هذا التقدير إلى ما عرفت مما هو محل للنظر بل المنع .

مضافا إلى إمكان دعوى صراحة الخبر المزبور في عدمه خصوصا مافي ذيله ، ومن هنا طرح الخبر غير واحد ، بل هو الذي استقر عليه رأى المتأخرين عدا النادر ؛ لعدم انطباقه على القواعد ، إذ المبيع إن فرض كليا موصوفا بوصف يرفع الجهالة منطبقا على كل من العبدين كما هو الظاهر ، ففي شرح الاستاد أن الحكم فيه بقاء التخيير بين قبول التالف ورد الباقي ، وبين قبول الباقي وغرامة قيمة التالف ، ثم احتمل قويا تارة ولم يستبعده أخرى إلزامه بالتالف ، لحصول التقاص قهرا وقد يناقش بأن الحق فيه مختلف ؛ لان البايع مستحق عليه المشترى نفس العبد الموصوف ، وهو يستحق عليه قيمة العبد التالف ، فلم يحصل شرط التقاص القهرى ، ومنه ينقدح حينئذ أن خياره بين قبول التالف بمعنى رضاه بما للبايع عليه من القيمة عوض ما يستحقه عليه من العبد، إلا أن المتجه اعتبار رضاهما معاً بذلك ، ضرورة كونها معاملة جديدة فليس للبايع الاستقلال بذلك ولا على المشترى إجابته إليه و بالعكس كما هو واضح ؛ فالموافق للضوابط الذى صرح به غير واحد من الاصحاب ضمان المشترى التالف و استحقاقه المبيع واليه اشار المصنف بقوله .

﴿ولو قيل التالف مضمون بقيمته وله المطالبة بالعبد والثابت في الذمة كان حسنا﴾ نعم قد يناقش في الضمان بأن الاصل البراءة، إذ الظاهر كونه في يده أمانة، فلا يستعقب ضمان ، والقياس على المقبوض بالسوم بعد تسليم الحكم في المقيس عليه غير جايز في مذهبنا ، بل قد يفرق بينهما ، بأن المقبوض بالسوم مبيع بالقوة أو مجازا بما يؤل اليه وصحيح البيع وفاسده مضمون ، بخلاف صورة الفرض ، لان المقبوض ليس كذلك

لوقوع البيع سابقا ، وإنما هو محض إستيفاء حق .

وتدفع بمنع كون ذلك قياسا بل اتحاد طريق المسألتين وهو اطلاق قوله ﷺ (١) «على اليد» المشترك بينهما ، ولا خصوصية له ، على أن المبيع لما كان أمرا كليا و كان كل من المدفوع صالحا لكونه فرداله كان في قوة المبيع ، بل دفعهما للتخيير حصر له فيهما ، فيكون بمنزلة المبيع . حيث أنه منحصر فيهما ؛ فالحكم بالضمان هنا أولى كما هو واضح ، وإن فرض انطباقه على أحدهما فقط ، فان كان الموجود صح له أخذه وغرم قيمة التالف ، إلا مع التراضي مع الدافع بالمعاوضة ودفع الباقي إليه ، وإن كان التالف ضمنه وطالب الدافع بالكلي ، بل قد يقال بتعينه حقا له ، لانه قد قبضه بعنوان الاستيفاء ، إلا أنه لم يكن متعينا باعتبار وجود الفرد الآخر ، فمع فرض انتفائه تعين هو للحق ، فتأمل جيدا .

و في شرح الأستاذ جاز للدافع احتسابه عليه و أخذ الباقي ، بل لا يبعد لزوم ذلك بالتقاص القهري ، و للمدفوع إليه احتسابه على نفسه لجعل الاختيار إليه ، وفيه ما عرفت ، وإن فرض عدم انطباقهما معاً ضمن قيمة التالف ودفع الباقي ، وطالب بماله الامع التراضي المزبور ، و إن كان المبيع نصفا من العبدين مشاعا فيهما فالتالف مضمون نصفه عليه ، وعليه رد نصف الباقي ، فلا ينطبق الخبر حينئذ على شيء من ذلك إلا على ماسمعته من التكلفات السابقة ، التي يرجح الطرح عليها ، وتنزيل الخبر على كون المبيع مجهولا لتردده بين العبدين المدفوعين يقضي بضمان التالف بالقيمة ، أو المسمى ورد الباقي ، لبطلان العقد حينئذ كما هو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعا ؛ بل هي كذلك ، وإليه أشار المصنف بقوله .

﴿وأما لو اشترى عبدا من عبدين لم يصح العقد وفيه قول موهوم ﴾ وفي السرائر بعد أن حكى ما في النهاية الذى هو مضمون الخبر السابق ، قال : ماذكره شيخنا في

---

١ ــ سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ كنز العمال ج ٥ ص ٥٢٧

نهايته خبر واحد لا يصلح ولا يجوز العمل به ، لانه مخالف لما عليه الامة بأسرها، مناف لاصول مذهب أصحابنا و فتاواهم و تصانيفهم و إجماعهم لان المبيع إذا كان مجهولا كان البيع باطلا بغير خلاف ، وقوله يقبض نصف الثمن ، ويكون العبد الابق بينهما ، ويرد الباقي من العبدين ؛ فيه اضطراب كثير وخلل كبير ؛ لأنه إن كان الابق الذى وقع عليه البيع فهو من مال مشتريه ، والثمن بكماله لبايعه ، وإن كان الابق غير من وقع عليه البيع فالباقي الذى وقع عليه البيع ، فلأى شيء يرده ، وإنما أورد شيخنا هذا الخبر على ماجاء إيرادا لا إعتقادا ؛ لأنه رجع عنه في مسائل خلافه ، في كتاب السلم » وهو جيد .

وإن كان قد يوهم ظاهره عدم جواز بيعه كليا موصوفا بصفات ترفع الجهالة ، وهو واضح المنع .

ولعله إليه أو غيره أشار في اللمعة بقوله «ويجوز شراء العبد موصوفا سلما ،و الأقرب جوازه حالا، إلا ان ظاهره كون غير الاقرب التفصيل بين السلم وغيره،وهو أوضح من الاول فسادا لتساويهما في المعنى المصحح للبيع ، وعلى كل حال فما أبعد هذا القول من القول بجواز بيع أحد العبدين مطلقا ؛ كما عساه يظهر في باب البيع من الخلاف ناسبا له إلى رواية الاصحاب وإجماعهم . أو بشرط تساويهما من كل وجه حتى يكون كالصاع من الصبرة ، كما سمعته من الفاضل في المختلف . وإن كان هو في غاية الضعف . بل الشيخ كما قيل قد رجع عنه في باب السلم فقال « إذا قال اشتريت منك أحد هذين العبدين بكذا، أو أحد هذه العبيد الثلاثة بكذا لم يصح الشراء وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا شرط فيه الخيار ثلاثة أيام جاز لان هذا غرر يسير ، وأما في الاربعة فما زاد عليها فلا يجوز، دليلنا أن هذا بيع مجهول فلا يجب أن يصح بيعه

ولانه بيع غرر لاختلاف قيمتي العبدين ، فان قلنا به تبعنا فيه الرواية ، ولم نقس عليها غيرها و الاجماع الذي ادعاه مظنة العكس ، كما سمعته من الحلي » وا لرواية التي أشار اليها هي الخبر المزبور على الظاهر ، وهو مع عدم تعين تنزيله على ذلك ، قد عرفت مخالفته للاصول و القواعد ، والاستدلال بالاطلاقات و العمومات يدفعه ما دل على المنع من بيع الغرر الذى هذا منه قطعا ، كما أنه يدفع الثانى منع التساوى على وجه يلحق بالمثلى على أنك قد عرفت ما في تنزيل الخبر عليه .

و كيف كان فلا ريب في ضعف ذلك كله فالاولى الرجوع إلى ما تقتضيه الضوابط وهو ما عرفت وعليه لافرق بين العبدين و الاكثر ، ولا بين العبيد و الاماء ، بل ولا بين الثياب و نحوها ولا بين اباق العبد و موته ؛ أما بناء على العمل بالخبر ففى انسحابه في الزيادة على اثنين تردد ؛ من صدق العبدين في الجملة وعدم ظهور تاثير الزيادة مع كون محل التخيير زائداً على الحق ؛ ومن الخروج عن المنصوص المخالف للاصل ، فان سحبنا الحكم و كانوا ثلاثة فأبق واحد فات ثلث المبيع وارتجع ثلث الثمن إلى آخر ما سمعت ، وقد يحتمل بقاء التخيير وعدم فوات شيء ، سواء حكمنا بضمان الابق ام لا ، لبقاء محل التخيير الزائد عن الحق ، وكذا التردد لو كان المبيع غير عبد ، كأمة فدفع اليه أمتين أو اماء و ان قطع فى الدروس بثبوت الحكم هنا ، بل فى أية عين كانت ؛ كثوب و كتاب من المشاركة في العلة للحكم ، وبطلان القياس ، ولعله أقوى كما أن الاقوى عدم الحاق الهلاك بالاباق ، و إن جعله بعضهم أحد الوجهين لاولويته منه ، لكن قد يفرق بينهما بتنجيز التنصيف معه من غير رجاء لعود التخيير بخلاف الاباق ، والله أعلم .

المسألة ﴿ العاشرة إذا وطىء أحد الشريكين ﴾ أو الشركاء الوطىء الذي تدور عليه الاحكام ﴿ مملوكة بينهما ﴾ أو بينهم ﴿ يسقط الحد مع الشبهة ﴾ بلا خلاف بل الاجماع

بقسميه عليه لدرء الحدود بها، وإن استحق التعزير بالعصيان بترك السؤال ﴿ويثبت مع مع انتفائها﴾ إذا لم يكن الشريك ولداله إجماعا أيضا بقسميه ، ونصوصاً مستفيضة جداً ؛ مضافا إلى ماقيل من تناول مادل في الزنا له الشامل للمقام بالصدق من جهة الشريك أومطلقا فيلزم تمام الحد ؛ لولا قيام الدليل على خلافه ؛ وبعد خروج الخارج يبقى الباقي على حاله ، و إن كان لايخلو من نظر ، ﴿لكن يسقط منه﴾ أى الحد ﴿بقدر نصيب الواطىء﴾ للنص والاجماع المحكي، إن لم يكن المحصل ، ومـا قيل من عدم كونه زانيا من جهته، ولا هاتكا للحرمة كذلك ، ولحصول معنى الشبهة باستحقاقه ولقاعدة تبعض الاحكام بتبعض الاسباب كما يظهر بعد التتبع التام ، ولاسيما في تبعيض المماليك وإن كان فيه مافيه ، وأولى منه تعليله بعد النص عليه أن أمر الحدود مبني على التخفيف ؛ ولذا سقطت بالشبهة ونحوها ، وإلا فالعمدة النص .

قال عبدالله بن سنان: (١) « سألت الصادق عليه السلام عن رجال اشتركوا في أمة ، فائتمنوا بعضهم على أن تكون الأمة عنده ، فوطأها ؟ فقال : يدرء عنه من الحد بقدر ماله من النقد ، ويضرب بقدر ماليس له فيها ، وتقوم الامة عليه بقيمة يلتزمها ، فإن كانت القيمة أقل من الثمن الذى اشتريت به الجارية ، ألزم ثمنها الاول ؛ وإن كان قيمتها في ذلك اليوم الذى قومت فيه أكثر من ثمنها الزم ذلك الثمن وهو صاغر ، لانه استفرشها ، قلت : فإن أراد بعض الشركاء شراؤها دون الرجل قال : ذلك له ، وليس له أن يشتريها حتى تستبرأ ، وليس على غيره أن يشتريها إلا بالقيمة ».

ونحوه آخر (٢) بتفاوت يسير ، قال فيه: «قوم اشتركوا في شراء جارية فائتمنوا

١ـ الوسائل الباب ١٧ من ابواب بيع الحيوان الحديث ـ١

٢ الوسائل الباب ٢٢ من ابواب حد الزنا الحديث ـ٢

بعضهم وجعلوا الجارية عنده فوطئها قال عليه الحد، ويدرء عنه من الحد بقدر ماله فيها ، وتقوم الجارية ويغرم ثمنها للشركاء ؛ فان كانت القيمة في اليوم الذي وطيء أقل مما اشتريت به ، فانه يلزم أكثر الثمن ، لأنه قد أفسد على شركائه ، وإن كان القيمة في اليوم الذي وطيء أكثر مما اشتريت به يلزم الأكثر» وفي خبر اسماعيل الجعفي(١) عن أبي جعفر عليه السلام «في رجلين اشتركا في جارية فنكحها أحدهما دون صاحبه، فقال: يضرب نصف الحد ، ويغرم نصف القيمة إذا حبلت ، وفي المرسل(٢) في الفقيه المسند عن عدة أصحابنا في الكافي عن الصادق عليه السلام « سئل عن رجل أصاب جارية من الفيء فوطئها قبل أن تقسم ؟ فقال : تقوم الجارية ، وتدفع إليه بالقيمة ؛ ويحط له منها ما يصيبه من الفيء ، ويجلد الحد ، ويدرء عنه من الحد بمقدار ماكان له فيها ؛ فقلت : فكيف صارت الجارية تدفع إليه بالقيمة دون غيره ، فقال : لانه وطأها ولايؤمن أن يكون ثمة حبل» .

وفي الصحيح (٣) «سمعت عبادا البصري يقول كان جعفر عليه السلام يقول :يدرء عنه من الحد بقدر حصته منها ويضرب ماسوى ذلك ، يعني في الرجل اذا وقع على جارية له فيها حصة» و في الخبر (٤) «في جارية بين رجلين وطأها أحدهما دون الاخر فأحبلها فقال : يضرب نصف الحد ويغرم نصف القيمة » إلى غير ذلك من النصوص الدالة على المطلوب ، حتى الصحيح (٥) «في رجلين أعتق أحدهما نصيبه منها ، فلما راى ذلك شريكه وثب على الجارية فوقع عليها؟ قال : فقال : يجلد الذي وقع عليها خمسين جلدة

١ـ الوسائل الباب ٣ من ابواب احكام الشركة الحديث ١

٢ـ الوسائل الباب - ٢٢ - من ابواب حد الزنا الحديث ٦ـ .

٣ـ ٤ـ ـ٥ الوسائل الباب ٢٢ من ابواب حد الزنا الحديث ٣-٧ـ١

ويطرح عنه خمسون جلدة ، ويكون نصفها حرا ، ويطرح عنها من النصف الباقي الذي لم يعتق إن كانت بكرا عشر قيمتها . وإن كانت غير بكر نصف عشر قيمتها و تستسعى هي في الباقي ونحوه خبر آخر (١) وكان بعض مشايخنا لم يقف إلا على خبر واحد ، فاستدل به جابراله بالشهرة بل الاجماع .

واغرب منه مافي نكاح المسالك من نفي الحد على الواطيء ، لانه ليس زانيا وإن كان عاصيا يستحق التعزير ، ويمكن أن يكون مراده نفي حد الزنا ، لان الظاهر ترتبه على غير محل الفرض لا أقل من الشك . والاصل البراءة ، وحينئذ فما في النصوص من جلد المقدار المخصوص أمر آخر ليس حدا من حيث الزنا ، وربما يؤيد ذلك إطلاق النصوص في المقام عدا النادر الحكم المزبور من غير فرق بين المحصن وغيره ، وإلحاق الولد به أيضا فتأمل .

ثم إن الظاهر جريان الحكم المزبور على الامة أيضاً فيدرء عنها مادرء عن - الواطيء وتضرب قدر ماضرب وكيف كان فالحكم ممالا إشكال فيه ، نعم قد يستشكل فيما إذا كان في استحقاقه كسر بالنسبة إلى كيفية مايسقط في مقابلته من الحد ، فقيل إنه يعتبر بالسوط فيأخذ بنصفه ، إن كان نصفا ، وبثلثه إن كان ثلثا ؛ كما تضمنه (٢) صحيح هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : في نصف الجلدة وثلثها يؤخذ بنصف السوط وثلثه» وعن بعض المحققين أنه يحصل باعتبار مقدار السوط ؛ وكيفية الضرب ، وفي الحدائق احتمال رجوعه إلى الاول وفي شرح الاستاد « أنه لو اعتبر التوزيع بالنسبة إلى قوة الضرب وضعفه مع قبض السوط على المعتاد أو دقة السوط وغلظه لم

---

١ - الوسائل الباب ٢٢ من ابواب حد الزنا الحديث ٢

٢ - الوسائل الباب ٣ من ابواب مقدمات الحدود وأحكامها الحديث ١

يكن بعيدا »

قلت : هو كذلك لولا مخالفته لظاهر النص ، أللهم إلاأن يحمل عليه لكنه كما ترى ، بالنسبة الى الدقة والغلظ .

نعم هو لايخلو من قوة بالنسبة إلى الاول ضرورة أنه يمكن أن يكون الكسر بحيث لايسكن تحقق مسمى الجلد به لوقبض على مقداره من السوط المعتاد ، بل يمكن دعوى ان الاقرب إلى الحقيقة ذلك بعد انتفائها فتأمل جيدا .

ثم إن ظاهر النصوص والفتاوى تعين كون الحد هنا الجلد وإن كان الواطىء هنا محصنا لعدم تصور السقوط في القتل والرجم ، ومافي بعض المعتبرة (١) « عن رجل وقع على مكاتبته فقال : إن كان أدت الربع جلد ، وإن كان محصنا رجم ، وإن لم تكن أدت شيئا فليس عليه شيء» بعد الاغضاء عما فيه من التقييد بالربع ، معارض بماسمعت خصوصا ماورد في المبعضة ، وحمل نصوص التبعيض جميعها على ما إذا كان الحد قابلا له ، كما إذا كان الواطىء غير محصن مع عدم مقاومة المعارض ، مخالف لاصول المذهب وقواعده ، كماهو واضح ، بل على ماذكرنا سابقا لايحتاج إلى دليل في عدم ثبوت حد المحصن عليه ، لان التحقيق عدم اندراجه فيمادل عليه في الزاني فيبقى الاصل حينئذ سالما عن المعارض ، ولو وطىء الشريك قبل تمام ملكه ، كما لو كان موهوبا ولم يقبض حد تمام الحد مع عدم الشبهة ، وكذا الفضولي على القول بالنقل ، وعلى الكشف ففي البدار أو الانتظار أو العدم مطلقا وجوه ؛ أقواها عند الاستاد الاخير ، لكنه يعزر لعصيانه ، وهو جيد مع حصول الاجازة ، ولو ادعى في حصته الزيادة على شريكه ولم يعلم بكذبه .

١ــ الوسائل الباب ٢٣ من ابواب حد الزنا الحديث ٢

بكذبه ولا قامت بينة بصدقه درأعنه بنسبتها من الحد على الاقوى، لاندراج مثله في الشبهة المسقطة للحد.

و كيف كان فلا ريب نصاً وفتوى في لحوق أحكام الولد في الجملة لهذه الجارية لو حملت من الواطيء وإن كان عاصيا بالنسبة إليه بل وإلى شركائه بالنسبة إلى غير الواطيء، فليس لهم بيعها بل ولا نقلها بأحد النواقل إلى غيره، ولكن تقوم عليه إنما البحث في أنها تقوم عليه بنفس الوطيء وإن لم يظهر حملها أو ينتظر الحمل، فعند المصنف تبعا للحلي ﴿و﴾ عليه إستقر رأي المتأخرين أنها ﴿لا تقوم عليه نفس الوطيء﴾ لكن قال هنا ﴿على الاصح﴾ مشيراً به إلى ما في النهاية من التقويم بنفس الوطيء قال: « إذا كانت الجارية بين شركاء، فتركوها عند واحد منهم فوطأها فانه يدرؤ عنه من الحد بقدر ماله من الثمن ويضرب بمقدار ما لغيره، و تقوم الامة قيمة عادلة ويلزمها، فان كانت القيمة أقل من الثمن الذي اشتريت به ألزم ثمنها، وإن كانت قيمتها في ذلك اليوم الذي قومت فيه أكثر من ثمنها ألزم ذلك الأكثر، وإن أراد واحد من الشركاء الجارية كان له أخذها، ولا يلزمه إلا ثمنها الذي يسوى في الحال، الذي هو مضمون ما سمعته من خبر عبدالله بن سنان(١) المتقدم لكن قد عرفت أن فيه و ليس له أي الشريك أن يشتريها حتى تستبريء.

ومنه ينقدح إشكال في الخبر المزبور، وهو أن الشريك إذ كان ليس له شراؤها إلا بعد الاستبراء فهو والواطيء على حد سواء في عدم الالزام إلا بالثمن إذا ظهر كونها بريئة من الحمل، إذ احتمال التقويم على الواطيء وإن لم يتعقبه حمل في غاية البعد، و إن توهم من إطلاق النهاية والخبر، بل هو الذي فهمه ابن إدريس و غيره، ممن تأخر عنه منه، حتى أنه فرع عليه بعض مشائخنا فقال: هل يفرق بين الفرج والدبر والتقاء الختانين والانزال وخلافهما أولا، وجهان، أقواهما عدم الفرق في الطرفين دون الواسطة إلا أنه

---

١ ـ الوسائل الباب ـ ١٧ ـ من أبواب بيع الحيوان الحديث ١

في غاية البعد، بل التعليل في خبر العدة الصريح في كون التقويم بالوطيء كالصريح بخلافه، بل التعليل في خبر ابن سنان بنفسه ظاهر في ذلك، ضرورة كون المراد منه أنه صيرها بالوطيء فراشاً له بحيث يلحق به الولد، وإلا فلو أريد منه بمجرد الوطيء وإن كانت آيسة مثلاً لم يكن للتعليل به وجه، كالتعليل بالافساد في الخبر الاخر. إذ لا وجه للافساد بمجرد الوطيء، خصوصاً في الثيب، بل و بالكبر بعد غرامة أرش البكارة، إذ ليس هو حينئذ أسوء حالا من الاجنبي بالنسبة إلى ذلك، فليس المراد من الافساد حينئذ إلا احتمال الحمل الذي يلحق به، ويمتنع على الشركاء بسببه نقلها بساير النواقل، وإن لم تكن أم ولد بالنسبة إليهم، فتتفق حينئذ النصوص الثلاثة على معنى واحد، و يكون المراد حينئذ مما في خبر عبدالله بن-سنان أنه للشريك شراؤها بعد الاستبراء والعلم بخلوها عن الحمل ولا يجب عليه التقوم على الواطيء بمجرد وطئه، وكذا المراد أنه ليس على غير الواطي من الشركاء فضلا عن غيرهم في ساير الاحوال إلا بالقيمة التي تسوى في الحال بخلاف الواطيء فان عليه الالزام بأكثر الامرين لو اراده الشريك قبل الاستبراء أو بعد ظهور الحمل، أو يحمل على ما إذا نقصت القيمة المساوية للثمن الذي أشتريت به بالوطيء فانه يجب عليه تمام الثمن لحصول النقصان بفعله.

وعلى كل حال فبما ذكرنا يندفع ما في التذكرة من أن هذا الخبر غير دال على وجوب التقويم بنفس الوطيء، لانه يسوغ لغيره من الشركاء شراؤها فلو وجب التقويم لم يجز ذلك، ونحوه يرد على عبارة الشيخ لانها كما سمعت مثل الخبر فلابد حينئذ من حملها على ماذكرناه أو يدعى أن الشيخ، يوجب التقويم بنفس الوطيء ارفاقا للشركاء، فاذا أسقطوا حقهم كان لهم شراؤها منه برضاه، إلا أنك قد عرفت أنه ليس للشركاء الشراء من الواطيء إلا بعد الاستبراء بل لا يبعد القول بأنه ليس للشريك الذي لم يطأ بيع نصيبه إلا بعد الاستبراء، وإن قلنا ان البايع لا يجب عليه الاستبراء من وطيء غيره. لكن في المقام قد يقال بوجوبه، باعتبار أن الحمل ولو من-

الشريك الواطىء يمنع الاخر من نقلها إلى غيره، فهي حينئذ كام الولد بالنسبة إليه، وكان وطىء الشريك كوطىء نفسه بالنسبة إلى ذلك. فيتجه حينئذ عدم جواز البيع له إلا بعد الاستبراء فتامل جيداً، فإنه في غاية الجودة، وبه يتم ما قلناه حينئذ من التقويم عليه بنفس الوطىء الذي يخشى منه الحمل، لانه قد عطل مال الشركاء عليهم. فاذا لم يقوموها عليه حتى استبرأت وعلم عدم حملها كان حال الواطىء حينئذ كحالهم لا يستحقون عليه تقويماً ولا غيره؛ إلا العقر بعد إسقاط نصيبه.

ومن الغريب ما في مختلف الفاضل من حمل الخبر، وما في النهاية على صورة الحمل مع أنه ليس في شيء منهما ما يؤمي إليه بل ما في الذيل من جواز البيع على الشركاء صريح في خلافه، لعدم جواز بيعها مع الحمل قطعا وإجماعا؛ بل قوله فيه «ولا يجوز أن يشتريها حتى تستبرىء» صريح أيضا في عدم كونها حاملا، وتقييد الصدر بالحامل بخلاف الذيل تفكيك في الخبر يقطع بفساده وأوضح منه فسادا المناقشة في خبر العدة بأنه ظاهر في أن سبب التقويم الحمل فلا يتحقق قبل تحققه. إذ هو كما سمعت صريح في أنه علة التقويم الوطىء لانه لا يؤمن معه الحبل كما هو واضح.

كل ذلك مع عدم المعارض عدا المفهوم في خبر الجعفي إذا الحبل في غيره في السؤال دون الجواب، فلا دلالة فيه؛ وهو مع أنه مفهوم لا يعارض المنطوق، يمكن أن يكون المراد منه نفي الغرم مع عدم الحبل، ونحن لا ننكره ضرورة أنه إذا تأخر الشريك عن التقويم حال الوطىء فبان عدم حبلها لم يكن على الواطىء غرم، كما أنه يغرم قطعا القيمة بالحبل كما هو واضح والحاصل أن القول بأن للشركاء التقويم على الشريك الواطىء الذي يخاف من وطئه الحبل وأنه لا يجوز لهم نقل الجارية إلى غيره قبل الاستبراء إذا لم يريدوا التقويم عليه، لعدم وجوبه عليهم للاصل. ولان مشروعيته للارفاق بهم لا يخلو من قوة، فاذا اشتريت حينئذ كان لهم نقلها من كل أحد؛ كما أنه بناء على التقويم بالحمل إذا أخروا

التقويم فاتفق سقوط الحمل قبله تعود على الحال الاول. ولا يلزم الواطىء بالتقويم، و يمكن حمل كلام الشيخ وغيره ممن قال بالتقويم بالوطىء على ذلك، لامطلق الوطىء و إن بان عدم تعقبه للحمل.

﴿و﴾ لكن الذى إستقر عليه رأى المتأخرين أنها ﴿لو حملت قومت عليه حصص الشركاء﴾ ولا تقويم عليه قبل الحبل، بل في شرح الاستاد دعوى تحصيل الاجماع عليه، لان المخالف مسبوق ملحوق به، و إن كان فيه مالا يخفى نعم هو مقتضى الاصل والمفهوم في الخبر السابق المنجبر بالشهرة المتأخرة، بل لعلها إجماع منهم، و أنه به يتحقق الافساد الموجب لعدم إمكان التصرف بالامة، إلا أنه مما ذكرنا تعرف ما في جميع ذلك، ومنه يعلم أن الاحتياط لاينبغى تركه في المقام.

ثم إنه عليه فهل العبرة بالقيمة وقت الاحبال كما اختاره شيخنا في شرحه، أو من يوم الوطىء كما في التحرير، وقواه الشهيد في حواشيه، أو وقت التقويم كما عن بعضهم، أو أكثر الامرين من يوم الوطىء إلى الاحبال كما مال إليه ثاني الشهيدين في المسالك، أو أكثر هما من حين الاحبال إلى وقت التقويم كما في المختلف، أو أكثر الامرين من الثمن و القيمة وقت التقويم، كما سمعته في الخبر، أو أكثر هما من يوم الوطىء كما يقضى به الخبر الاخر، وجوه؛ بل أقوال؛ وزاد في شرح الاستاد إحتمال القيمة زمان الانتقال؛ وأعلى القيم من زمان الحمل إلى زمان الانتقال، و من زمان التقويم إلى زمان الانتقال، ومن زمان الوطىء إلى زمان الحمل، والى زمان التقويم والاعلى من زمان الانعقاد إلى حين الولادة، و مايختاره المظلوم من الشريكين، بل قال: إن لكل وجها، وهو مع أنه مبني على مغايرة زمان التقويم لزمان الانتقال في غاية الضعف بالنسبة إلى البعض، إن لم يكن الجميع، ولعل الاقوى مراعاة حال التقويم الذي

هو بمعنى الدفع إليه بالقيمة ، لاصالة براءة الذمة من ضمان الزائد؛ ولانه هو وقت المعاملة ، ووقت دفع الجارية إليه بالقيمة ، سيما إذا كان النقص الداخل على الشريك بالتأخير في التقويم من قبله، إذ الظاهر أنه لايجوز للواطيء الامتناع من قبول التقويم عند طلب الشريك له ؛ فإذا امتنع جبره الحاكم بل له القبول عنه ، أما اذا طلبه الواطيء فقد يقوى عدم وجوب الاجابة عليه مالم يستلزم تعطيلا للمال .

لكن في شرح الاستاد إن التقويم قهري بالنسبة إلى الواطيء والشركاء فحالها كحال أمهات الاولاد ، وليس فوريا لكن لايسوغ الاهمال الباعث على التعطيل ، و متى طلبه أحدهما أجابه الاخر ، ولو امتنع أحد الطرفين عن التقويم جبره الحاكم عليه ؛ فان لم يتمكن منه قام مقامه .

وفيه أن الظاهر من النصوص كون التقويم إرفاقا بحال الشريك ، فهو حينئذ حق له لايجبر عليه إلا إذا أدى إلى الاضرار بالاخر فتأمل جيداً فانه يمكن الفرق بين ماذكرناه سابقا من التقويم بالوطيء و بين ماهنا من التقويم بالحمل بالنسبة إلى القهرية وعدمها ، ضرورة تحقق كونها أم ولد بالانعقاد بخلاف الاول .

وكيف كان فلاتدخل في ملك الواطيء ابتداء كما صرح به غير واحد، بل قيل إنه إجماع للاصل بل والنص ، ضرورة إرادة النقل بالقيمة من التقويم عليه ؛ فحق الشريك في المنافع ثابت حينئذ ، كما أن الظاهر عدم إغناء التقويم عن الصيغة إذا أريد ما رتب الشارع عليها من الاحكام، بل الظاهر عدم كون التقويم من النواقل المستقلة وإنما المراد ماعرفت من النقل بالنواقل المعهودة ؛ إلا أنه بالقيمة على الواطيء، لكن في شرح الاستاد أنه يغني التقويم عن الصيغة كما هو ظاهر كلام المعظم ، وظاهر الأخبار ويكون كاستحقاق العوض بالتلف إلى أن قال : ولاتجري عليه أحكام البيع ،فلاخيار

مجلس أوحيوان ونحوهما ويتعين عليه أخذ الارش وعوض النقص ونحوه ،ولايجوز له الـرد .

وفيه ماعرفت وخلو النصوص عن الصيغة لتعارف المعاطات في ذلك الزمان كماخلت عنها أكثر النصوص في أكثر المقامات بل التأمل في ذيل خبر ابن سنان(١) يورث القطع بارادة ماذكرنا من التقويم على الواطيء فلاحظ وتأمل ؛ وكذا فيـه أيضاً أنه لو فسخها بخيار من الخيارات كان عليه تقويم الجميع ، وفيه أن جواز الفسخ له محل بحث كالبحث في لزوم التقويم عليه بعد الجواز فتأمل جيداً.

و لو اشترك شريكان في الاحبال أقرع بينهما ، للنصوص التي منها الصحيح (٢)«إذا وطأ رجلان أوثلاثة جارية في طهر واحد فولدت وادعوه جميعا أقرع الوالي بينهم ، فمن خرج كان الولد ولده ، ويرد قيمة الولد على صاحب الجارية ».ونحـوه غيره ، على أن الاشتراك في الولد بينهم على حسب الغرامة غير معهود بالشرع في غير المماليك .

ثم إن الظاهر لزوم العقر العشر أونصفه مع القيمة ، لانه عـوض الانتفـاع بالبضع. بل لعل مادل عليه في غير المقام كالامة المدلسة نفسها و غيرها لايخلو من ظهور في الجميع - خصوصا خبر الجارية (٣) التي أعتق نصفها المتقدم آنفا الذي يراد منه إسقاط مايخصها بنصيب الحرية من العقر من نصيب الواطيء،فماقيل من الاكتفاء بالقيمة عن ذلك في غير محله ، وخلو النصوص هنا عن التعرض له أعم من عدمه ، بل قيل أنه

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب بيع الحيوان الحديث - ١

(٢) الوسائل الباب ٥٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث - ١

(٣) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب احكام حدود الزنا الحديث - ١

يلزم مع ذلك أرش البكارة ؛ لكن فيه ما عرفت سابقا من ظهور النصوص في أن الزيادة في عقر البكر عوض عن أرش البكارة .

نعم الظاهر عدم الفرق بين اتحاد الوطيء و تعدده إذا كان منشؤه واحدة ،ولم يتخلل الغرم أما لو وطأها أولا للشركة ،ثم وطأها ثانيا بزعم أنها صارت له خالصة ، وثالثا أنها زوجته ، فقل يحتمل التعدد كما في شرح الاستاد والله أعلم .

﴿و﴾ على كل حال ف ﴿ينعقد الولد حرا ﴾ لأصالة الحرية والتبعية والنصوص المتقدمة الآمرة بالتقويم فيها، لمكان الحمل الذي تصير به أم ولد بالنسبة إليه، بل هي كالصريحة في فرض الوطيء فيها بغير الشبهة ،لاشتمالها على الحد المعلوم درؤه بها فحينئذ لا فرق في انعقاده حراً بين كون الوطيء لشبهة أولا كما هو صريح جماعة بل لا أجد خلافا فيه بينهم ،ولعل الحكمة انه ليس زنا محضا بسبب الملك للبعض الموجب لحصول الفراش، كما أومىء إليه بعض النصوص المتقدمة.

ومنه ينقدح حينئذ أن الوجه في الحرية انعتاق مقدار نصيبه عليه ؛ ثم يسرى إلى غيره؛ الا أنه لما كان هو السبب في ذلك أغرمه الشارع قيمة حصص الشركاء منه نحو ما سمعته في غرامته جميع القيمة عن ولده من الآمة التي ظهر استحقاقها للغير الذي اشتملت عليه النصوص السابقة، مضافا إلى بعض النصوص المتقدمة في المسألة.

بل الظاهر مما دل على التقويم بالحبل عدم توقف الحرية على الولادة و إلا لم يلزم تقويمها بالحبل ، و إلى ذلك أشار المصنف و غيره ؛ بل لم يعرف خلاف فيه بينهم، بل ربما ادعى الاجماع عليه بالتعبير بالانعقاد حراً المتحقق بانعقاد النطفة أو العلقة ، بل ظاهر النصوص والفتاوى عدم الفرق في ذلك بين دفع القيمة وعدمها، وإن كانت هي مستحقة على الوالد فما عساه يتوهم من بعض نصوص الامة المستحقة

من التوقف على دفع القيمة لابد من تأويله وطرحه، مع أنه لا صراحة فيه، بل ولا ظهور في توقف الحرية ، بل قد صرح فيه بعدم ملك ولد الحر بل اقصاه توقف دفع الولد على دفع القيمة ، وهو مع أنه غير ما نحن فيه مطرح أو مأول.

وعلى كل حال فاحتمال كونه رقا إلى حين الولادة أو حين التقويم لا يلتفت اليه، وتظهر الثمرة في الوصية به وله في الجناية عليه ، وفي عزل نصيبه من الارث فضلا عن نمائه ، وفي غير ذلك مما لا يخفى .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿على أبيه قيمة حصصهم يوم ولد﴾ وإن تأخر التقويم عنه إن تقوم حاملا وإلا دخلت قيمة الولد معها كما صرح به ثاني الشهيدين، وبعض من تأخر عنه، كفاضل الرياض وشيخنا في شرحه نعم ظاهر الاخير إعتبار التراضي منهم بذلك . قال «فان اختلفا فالمدار على حين الـولادة ، إلا إذا خـرج نـاقصاً فيتعين إعتبار قيمة الحمل إن زادت على قيمته حين الولادة ، مع احتمال تقويمه تاماً و مع الخروج ميتا يفرض حيا سليماً ويقوم، والام باقية على حالها ، و يقوى إعتبار أعلى القيم من حين الحمل إلى حين الولادة أو إلى حين التقويم، ثم قال، بعد ذلك ويغني مجرد التقويم من دون عقد ، لظاهر الاطلاق في الاخبار و كلام الاصحاب ، ولذلك يصلح تقويمه ميتا ولو خرج مريضا بجناية قوم صحيحا ».

قلت : لا أجد خلافا في النص والفتوى في عدم اعتبار زمان التقويم المتأخر عن زمن الولادة ،بل هو صرح قبل ذلك بأنه لو تأخر وقت التقويم عن يوم الولادة لوحظ الحال السابق بل ستسمع نسبة الخلاف إلى أبي حنيفة في نظير المقام من الفاضل،و هو مشعر بالاجماع على أن الاصل براءة ذمة الاب من الزائد لو فرض علو القيمة كما هو الغالب ، وبراءة ذمة غيره من وجوب الالتزام بالناقص لو فرض حصوله بالتأخر.

مضافا إلى أن المتيقن من النصوص يوم الولادة ، لانه هو أول يوم تحقق اسم الولدفيه ، بل المعتبر حال الخروج إلى الدنيا، بل منها مضافا إلى الاصل يستفاد عدم اعتبار أعلى القيم، خصوصا إذاكان الشريك هوالذى طلب التأخير إلى يوم الولادة ، ضرورة أنه باختياره ذهب الزائد عليه، بل وإن كان الطالب الواطىء ، لعدم الالتزام بالتقويم حملا إذ النصوص أوجبت قيمة الولد، على أن الحمل لاطريق إلى تقويمه كماصرح به الفاضل وغيره لكن قديقال إنه يمكن تقويم الحمل على احتمالاته.

نعم لايقوم ولدا تاماحياو هوحمل لعدم العلم بحاله ،ولعل ذلك هوالمراد بعدم إمكان تقويمه حملا إلا أن يلحظ تبعا فتقوم الحامل حينئذ باعتباره ، فالزيادة التي تفرض على كونها حائلا بسببه بمنزلة القيمة له. وفيه أنه ربما تنقص قيمته الجارية بحملها ، لقلة الانتفاع بها، ومخافة الحادث عليها بالطلق و نحوه و من هنا اعتبر في النصوص الواردة هنا وفي الأمة المستحقة للغير وفي المدلسة نفسها و غير ذلك قيمة الولد ، وليس في شيء منها تقويمه حملا ولو بالتبعية للام؛ كما أن أكثر الفتاوى على غرامة قيمة الولد يوم ولدحياً اللهم الاان يدعى ظهور بعض نصوص المقام الذى اشتمل على التقويم إذا أحبلها في ذلك وفيه منع .

نعم قديقال: إن المراد بدخوله في قيمة الحامل أنه يضاف إلى قيمتها مايكون قيمة له ، فتكون القيمة التي لها عوضاً عنه وعنها، لأنه قيمة للحمل، ولذا اعتبر التراضي بينهما على ذلك فليس لاحدهما اقتراحه على الاخر هذا .

وفي الرياض في شرح عبارة النافع التي هي يجب على الواطيء قيمة حصص الشركاء منه عند الولادة قال : «والسقوط حياً ان قومت حائلا ،

وإلا دخلت قيمة الولد معها كما ذكره جماعة من الاصحاب والظرف يتعلق بـالقيمة، أى القيمة عند الولادة بلاخلاف، توفية لحق الشركاء من النماء والتفاتاً إلى فحوى المعتبرة الواردة فى وطىء الشركاء للأمة المشتركة» ثم ذكر الصحيح المتقدم المشتمل على القرعة ، وربما يتوهم منه اعتبار القيمة المزبورة ولو حال الحمل للتوفية وللنصوص المشتملة على قيمة الولد ، فيكون وقت الضمان وقت انعقاد الحمل باعتبار أنه كوقت التلف ، والمضمون حينئذ قيمة ولد، للنصوص ، ولعله على ذلك بنى شيخنا فيما سمعته من شرحه ضمانه لو خرج ميتاً بأن يفرض حياً ، ومريضاً بأن يفرض صحيحاً ، بل قد سمعت احتمال تقديره تاماً لو خرج ناقصاً .

لكن فيه أن المنساق من عبارات الاصحاب اشتراط الحياة فى ضمانه فلو خرج ميتاً لم يكن عليه شيء أصلا ، حتى قيمته حملا ، كما يقوم يوم خروجه حيا على أى الأحوال كان من الصحة والمرض والتمام والنقصان والذكورة والانوثة والمسخ و الخنوثة ، بل هو كصريح الدروس فى الامة المستحقة التى لم يظهر لنا فرق بينها وبين المقام بالنسبة إلى ضمان قيمة الولد فقال : وعليه قيمة الولد إن سقط حياً كما أنه قال : فى المقام وعليه قيمة نصيب الشريك يوم وضع حياً ، بل قال الفاضل فى القواعد فى المقبوض بالبيع الفاسد لفساد الشرط إذا كان جارية ولو وطأها لم يحد أى مع عدم علم الفساد ، وعليه المهر وأرش البكارة والولد حر و على أبيه قيمته يوم سقط حيـا ولاشيء لو سقط ميتاً وأرش ما نقص بالولادة .

وفى التحرير فى أحكام البيع الفاسد أيضاً لو كان المبيع أمة، انعقد الولـد حراً لا ولاء عليه ويلحق به، ويجب على الواطىء قيمته يوم سقط لا يوم المحاكمة ،

ولاتجبر قيمة الولد النقصان وإن ساواه في القيمة ولوسقط ميتاً لم يضمنه اما لوضرب اجنبي بطنها فالقته ميتاتاما وجب على الضارب مأة دينار و للسيد منها اقل الامرين من دية الجنين اوقيمته حين سقوطه ،وباقي الدية لورثته ، الى ان قال: ولوكان الضارب الواطيء فالقته ميتاً فعليه دية الجنين يأخذ السيد منها اقل الامرين،والباقي لورثته غير الواطي. (و قال) :«في الامة المستحقة و ينعقد الولد حراً وعلى الاب قيمته يوم ولد ، وفي وطي الشريك يغرم ثمن ولدها يوم سقوطه حياً» والظاهر عدم الفرق في الحكم بين الجميع فيكون المراد الضمان بشرط الحيوة :

واصرح من الجميع ما في التذكرة قال في البيع الفاسد منها : « ويجب على الواطيء قيمة الولد للبايع : لانه نماء ملكه و قد حال بينه وبينه بالحرية فكان عليه ولقول الصادق عليه السلام (١) «في رجل اشترى جارية فاولدها فوجدت الجارية مسروقة قال :يأخذ الجارية صاحبها ، و يأخذ الرجل ولده بالقيمة»(الى ان قال) تعتبر قيمة الولد يوم سقوطه حياً ، لانه وقت للحيلولة بينه وبين صاحبه ، ولو سقط ميتاً فلاشيء لانه لاقيمة له حينئذ ، ولايقوم قبل سقوطه لانه لاقيمة له حينئذ ، فاذا لم يكن له قيمة حين سقط لم يضمن ، وهو قبل ذلك لاقيمة له ،لايقال لوضربه اجنبي فسقط ميتاً وجب عليه الضمان وكان للسيد من ديته أقل الامرين من دية الجنين و من قيمته يوم سقط ، لانا نقول الواطيء يضمنه بالحيلولة بينه وبين سيده ، ووقت الحيلولة حين السقوط وكان ميتاً فلم يجب ضمانه ، وضمان الضارب قائم مقام خروجه حياً ، فلهذا ضمنه البايع وانما ضمن الاقل،لان دية الجنين ان كانت اقل لم يضمن اكثر من ذلك،وان كانت القيمة اقل كان الباقي لورثته ويطالب المالك من شاء من البايع والمشتري ، وقال ابوحنيفة يغرم قيمة الولد يوم المحاكمة» الى آخره .

---

(١) الكافي ج٥ ص٢١٥ الحديث ١٠ الطبع الحديث

وقال في المقام«وعلى ابيه قيمة حصة الشريك منه يوم الولادة، لانه وقت الحيلولة و أول اوقات التقويم » وقال في الامة المستحقة الولد حر و على ابيه قيمته لمولاه يوم سقط حياً وبه قال الشافعي لانه اتلف على مولاه رقيقاً باعتقاده أنه ملكه ،ولا يقوم حملا لعدم امكان تقويم الحمل ، فيقوم في اول حالة انفصاله لانها اول حالة امكان تقويمه ولان ذلك هو وقت الحيلولة بينه وبين سيده» الى آخره والجميع كما ترى ما بين صريح فيما قلنا وظاهر .

بل قال شيخنا في شرحه في ظهور استحقاق الامة وعلى الاب قيمته للمولى يوم سقوطه بل حين سقوطه ان سقط حياً مستقراً لحياة على نحو يكون مقوماً لانه اول ازمنة التقويم، للاجماع والاخبار بأن يقوم على ما هو عليه من نقص عضو أو صفة ، مع ملاحظة بقاء الرقية دون الاول الى الحرية ، ولو خرج ميتاً لاقيمة له فليس على الاب شيء ، وقوى بعضهم تغريمه دية جنين امة، وليس بقوى، ويقوى مراعات التفاوت بين القيمتين، ولو اشتبه الحال، فالاقوى عدم التغريم ويحتمل ثبوته عملا بالاصل، وهو مناف لما سمعته سابقاً منه هذا .

ولكن في الكتاب في باب الغصب، فيما لو كان المغصوب جارية فوطئها جاهلين بالتحريم قال:«ولو أحبلها لحق به الولد، وعليه قيمته يوم سقط حياً وأرش ما ينقص من الامة بالولادة، ولو سقط ميتاً قال الشيخ رحمة الله عليه لا يضمنه، لعدم العلم بحياته وفيه اشكال ينشأ من تضمين الاجنبي، وفرق الشيخ بين وقوعه بالجناية ووقوعه بغير جناية ، ولو ضربها أجنبي فسقط ضمن الضارب للغاصب دية جنين حر وضمن الغاصب للمالك دية جنين امة»، وظاهره التوقف في عدم الضمان لو خرج ميتاً .

كالفاضل في القواعد في هذا الباب أيضاً حيث قال : « و لو سقط ميتاً فاشكال ينشأ من عدم العلم بحياته و من تضمين الاجنبي ، بل في المسالك في هذا الباب

« ان الوجه ضمان الغاصب دية جنين امة سواء سقط بجناية ام لا ، لكن على تقدير كونه بجناية ، للمالك دية جنين أمة ، وباقي دية جنين الحرة للامام لان القـاتل لا يرث والامة رقيقة لاترث الى غير ذلك من كلماتهم التي بملاحظتها جميعاً يحصل الشك في المسألة ، ولعل مقتضى الاصل معه عدم الضمان ، لعدم صدق تلف المال بانعقاد الحرية ، بل أقصاه انه لولم يكن مشتبهاً لكان الولد رقا ، و مثله ليس سبب ضمان ، والضمان ولداً للنصوص ، واما ضمان الجنين بجناية جان فلانه كالخروج حياً كما سمعته من الفاضل ، فتأمل جيداً ، فان المسألة من المشكلات ، هذا وقد يفرق بين المقام وبين الغصب والمقبوض بالبيع الفاسد وغيرهما مما تكون للعبد فيه يد ضمان ، باقتضاء عموم «على اليد» (١) الضمان في الثاني دون الاول ، بل ينبغي الجزم به فيما لوطرء الفساد عليه ضرورة كونه كموت المغصوب في يد الغاصب حتف انفه و لعله لذا جعل الوجه في المسالك الضمان مطلقا .

نعم قد يقال بعدم الضمان فيما لو علم الفساد باصل النمائية على وجه لم يتحقق نمائيته بحيث يكون مالا متقوماً كما في الفرض فانه مع فرض سقوطه لفساد في اصل تكونه لا يكون مالا ، بخلاف طلع النخل المغصوب مثلا اذا فرض فساده في يد الغاصب فانه مال متقوم فيضمن على حاله ، لانه يفرض كونه تمرا كل ذا والمسألة بعد محتاجة الى تنقيح .

و اما ضمان اقل الامرين فلان المملوك لا يضمن بازيد من دية الحر و لعل اطلاق المسالك منزل عليه كما ان قوله ينتقل الى الامام مبني على عدم وارث غير الاب والام ، والا انتقل اليه ، وقد عرفت مما قدمنا ان الاعتبار بالقيمة حين الولادة لا حين

---

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧

التقويم الذى هو بمعنى المحاكمة كماقال ابوحنيفة والله اعلم .

المسألة ﴿الحادية عشرة المملوكان المأذون لهما﴾ فى التجارة ﴿ اذا ابتاع كل واحد منهما صاحبه من مولاه ﴾ له بناء على ملك العبد ﴿حكم بعقد السابق ﴾ و بطلان اللاحق ، لعدم صحة تملكه سيده ﴿ فان اتفقا فى وقت واحد﴾ اى اتحدا الزمان للجزء الاخير من قبولهما ﴿ بطل العقدان ﴾ لعدم صحة ترتب اثر كل منهما ، و ترجيح احدهما على الاخر ترجيح بلامرجح ، واحتمال الرجحان فى الواقع فيستخرج بالقرعة معارض باحتمال عدمه ، على ان التكليف منوط بالاسباب الظاهرة و الالزم التكليف بالمحال ، و ليس كالقرعة فى عتق العبيد ، لان الوصية بالعتق ، بل نفس العتق قابل للابهام ، بخلاف البيع و ساير المعاوضات .

و مرسلة الكافى الاتية التى اشار اليها المصنف بقوله ﴿ و فى رواية يقرع بينهما ﴾ (١) قد عمل بها الشيخ وغيره ، مع انها ليست حجة فى نفسها معارضة بخبر ابى خديجة الاتى نعم اذا علم السبق ولم يتعين السابق اتجه اخراجه بالقرعة التى هى لكل امر مشكل ، (٢) من موضوعات الاحكام ، وهذا منه ، بل يقوى لذلك ايضاً جريانها فيما لو اشتبه السبق والاقتران ، فلم يعلم أيهما الذى وقع ، وجواز الاقتران مع عدم معلومية السبق المصحح للبيع . فلا يجوز الحكم بالمسبب مع الجهل بالسبب لايصلح مخصصاً ، ولا فرق بين علم تاريخ احدهما وجهله على الاصح.

نعم قيل يحتاج فى الصورة الاولى الى رقعتين يكتب فى احدهما السابق ، وفى

---

(١) الوسائل الباب ١٨ من ابواب بيع الحيوان الحديث - ٢-١

(٢) الوسائل الباب -١٣- من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث ١١ باختلاف يسير.

الاخری المسبوق ، وفی الثانية الى ثلاث رقع ، يكتب في الثالثة الاقتران ، ليحكم معه بالبطلان ، واماقول المصنف ﴿و فی﴾ رواية ﴿ اخرى يذرع الطريق﴾ بينهما ﴿ويحكم للاقرب﴾ فلم نجدها بل لو وجدت لم يكن لهامعنى محصل ، اذ الفرض حصول الاتفاق في الوقت الواحد ، فلامدخلية لذرع الطريق ﴿و﴾ حينئذ فلاريب في ان ﴿ الاول ﴾ اى البطلان ﴿ اظهر ﴾ لما عرفت كما انك قد عرفت ان الاقوى القرعة في غيره .

لكن روى ابو خديجه (۱) كما في الدروس و غيرها وفيما حضرني من نسخة الوسائل والحدائق أبوسلمة عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجلين مملوكين مفوض اليهما يبيعان و يشتريان باموالهما ، كان بينهما كلام فخرج هذا يعدوالى مولى هذا وهذا يعدو الى مولى هذا ، وهما في القوة سواء فاشترى هذا من مولى هذا العبد والاخر كذلك وانصرفا الى مكانهما فتشبث كل واحد منهما بصاحبه ، وقال له انت عبدي وقد اشتريتك من سيدك قال : يحكم بينهما من حيث افترقا بذرع الطريق فايهما كان اقرب فهو الذى سبق الابعد وان كانتا سواء فهما ردا على مواليهما جاءا سواء وافترقا سواء الا أن يكون أحدهما سبق صاحبه ، فالسابق هوله ، انشاء باع ، وانشاء أمسك وليس له أن يضر به » قال الكليني والشيخ وفي رواية أخرى (۲) « ان كانت المسافة سواء أقرع بينهما ، فايهما وقعت القرعة عليه كان عبده » وهو كما ترى صريح في ان المسح للاشتباه لا للعلم بالاتفاق الذى هو كالصريح في البطلان معه ، وان كان مافيه من الحكم بذلك لتساوى الطريقين

(۱-۲) الوسائل الباب ۱۸ من ابواب بيع الحيوان الحديث-۱-۲

واضح الاشكال ، كالاشكال فيما فيه من الحكم بالسبق لاقربية الطريق انهو مع قصوره عن الحجية بالضعف، واعراض الاكثر بل لم يعمل به الا النادر كالشيخ في النهاية التي هي متون أخبار وبعض أتباعه، و مخالفته للضوابط الشرعية محتمل لارادة حصول اليقين بذلك .

وعلى كل حال فلادلالة فيه على المسح مع الاقتران بل هو دال على خلافه ، بل قيل ان مرسل القرعة لادلالة فيه ايضاً ، على أن محله الاقتران وان كان قد يناقش فيه بأن الظاهر ارادة الكليني و الشيخ من قولهما وفي رواية أخرى الى آخره أنها كهذه الرواية في السؤال والجواب الى قوله و ان كانتا سواء اختلفا فالاولى حكم فيها بالبطلان، وفي الاخرى بالقرعة ، ولا ريب أن رواية القرعة اولى لاعتضادها بعموم مادل على «انها لكل أمر مشكل» (١) ولان استواء الطريق اعم من الاقتران فهي مؤيدة لما ذكرناه من مشروعيتها للاشتباه في السبق او السابق لكن قد يقال ان الخبر صريح في القرعة ليتعين احدهما خاصة من دون تعرض لاستخراج الاقتران المقتضي للبطلان. بل ظاهره أو صريحه عدمه .

هذا كله اذا كان الشراء لهما، اما اذا كان لسيدهما فعقد السابق منهما صحيح ماض، والاخر محتاج الى الاجازة، بناء على انقطاع الاذن عنه بزواله عن ملك السيد وان به تفترق الاذن عن الوكالة وان عقده حينئذ للغير فضولي موقوف على اجازة ذلك الغير، وان اقترنا، فالمعروف بين المتأخرين البطلان، لتوقف انصحه على بقاء الاذن الموقوف على عدمها لكن الظاهر ارادة التوقف على الاجازة من البطلان ، اذ لاوجه له معها فيصحان معاً او اجيزا ، والا فالمجاز منهما، لعدم استناد الصحة حينئذ الى الاذن بل اليها و فيه

---

(١) الوسائل الباب - ١٣ - من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث - ١١ باختلاف يسير .

انه يمكن القول بالصحة من دون توقف على اجازة بل به جزم الكركي لان الاذن مقارنة لتمام العقد، فالانتقال وانقطاع الاذن قد ترتبا معاً على تمام العقد ترتباً ذاتيا، ولا يعتبر في الاذن ازيد من ذلك فتامل جيداً.

وان علم السبق واشتبه السابق ، وقد حصل الرد من احدهما فالقرعة ، ولو كانا وكيلين صح العقدان على كل حال ، بناء على عدم انقطاعها بالخروج عن الملك ، وفي شرح الاستاد « الا مع قرينة التقييد، فلو عقد على انه عبد مأذون فظهر حراً،او ملكاً لغير الاذن بطل عقده على نحو ما تقدم، ولو كان وكيلا صح ولو توكل على انه حر فعقد فظهر عبداً لغير موكله،بطل، ومع الاجازة من مولاه تقوى الصحة كما لو ظهر عبداً لموكله.

وفيه سؤال الفرق بين الاذن والوكالة ، ولو اذن له ثم باعه فعاد اليه لم تعد اذنه على الاقوى، كما لو حرر فعاد ملكا له ، والزوجة والخادم والشريك المأذونون تزول الاذن عنهم بزوال الصفات ولا تعود ، لو عادت، على الاقوى» وهو جيد على الفرق بين الاذن والوكالة ، وفيه بحث ، وعليه فلو كان احد العبدين وكيلا والاخر مأذونا صح شراء الوكيل مطلقا ، و اما المأذون فان تقدم شراؤه صح ، و الا كان موقوفا على الاجازة والله اعلم.

المسألة ﴿الثانية عشر من اشترى جارية سرقت من ارض الصلح﴾ قطعا أو بمنزلته، والا فلو سرقت من ارض الحرب مع احتمال كونها من اهل الحرب أو منهم ولو في غير أرضهم، فللسارق ، بل في شرح الاستاد انها لو سرقت من كافر في غير تلك الارض، ولا يعلم حاله او بين الحدين ولا يعلم حاله احتمل عدم العصمة وثبوتها وهو الاقوى، وان كان فيه ان ماذكره احتمالا هو الاقوى على الظاهر، ﴿و﴾ على كل حال ففي مفروض المسالة ﴿كان له ردها على

البايع واستعادة الثمن ولومات اخذ من وارثه ولو لم يخلف وارثاً استسعيت في ثمنها «على ماروامه مسكين السمان(١) عن ابي عبدالله عليه السلام «سالته عن رجل اشترى جارية سرقت من ارض الصلح فقال فليردها على الذى اشتراها منه ، ولا يقربها ان قدرعليه ، اوكان مؤسرا قلت جعلت فداك انه مات ومات عقبه قال :فليستسعها»واوفيه بمعنى الواواى لايقرب الجارية باستسعاء ان قدرعلى البايع وكان مؤسرا ، ويحتمل ان يكون المراد اوكان المشترى موسرا اى لايقربها مع احدالامرين ، الاانه مع قصوره سندا ولاجابر مخالف للقواعد الشرعية بالرد الى البايع الذى هو ليس مالكاولاوليه ولاوكيله، بل ربماكان هو الظالم السارق ، وباستسعاء مال الغير فيما لم يصل اليه و هو ظلم فوق ظلم .

وزاد في شرح الاستادمخالفته باطلاق مادل فيه على ردالثمن ، مع انه لايتم بناء على عدم الرجوع به مع تلفه وعلم المشترى ، و بترتيب الاستسعاء على موت الوارث وعقبه ـ من غير اعتبارلفقد باقى الورثة وعدمه،وبقاء مال المميت وعدمه،وبان ظاهره انه ان لم يكن قادراً على البايع اوالردعليه وكان البايع معسراً ، أوالمشترى على اختلاف الوجهين فلارد ،ويكون له عوض الثمن، وان كان يمكن دفع ماذكره جميعاً ،بل بعضه واضح الدفع. فالعمدة حينئذ الاولان اللذان اقتصرعليهماالاصحاب.

لكن في الدروس «والاقرب المروى تنزيلا على ان البايع مكلف بردها الى اهلها اما لانه السارق ، اولانه ترتبت يده عليها ، اى فهواقدم ، وخطابه بالردالزم خصوصا مع بعددار الكفر واستسعاؤها جميعاً بين حق المشترى.وحق صاحبها ، والاصل فيه ان مال الحربى فيىء فى الحقيقة، و فيه أن ذلك يصلح ان يكون تقريباً للنص الجامع لشرائط الحجية لانه به يكون موافقا للقواعد ، ضرورة عدم اقتضاء سرقته ، وترتب

(١) الوسائل الباب ـ٢٣ـ من ابواب بيع الحيوان الحديث ـ١

يده ، وخطابه بالرد جواز تمكينه من مال الغير بعد الوصول الى يد غيره الذى صار مخاطباً بالرد ، ومع الاحتياج الى المؤنة يلتزم بها السارق .

نعم قد يحتمل ذلك فی خصوص ما لو كانت فی يد البايع امانة شرعية، كما انه لامعنى للجمع بين حق المشترى و المالك بذلك ، بعد ان لم يكن حق له عليه ، ، اذلا تزروازرة وزر اخرى (۱) و المحترم بالعارض كالمحترم بالاصل ، كما هو واضح ﴿ و ﴾ من هنا ﴿ قيل ﴾ كما عن الحلبی انها ﴿ تكون بمنزلة اللقطة ﴾ والموجود فی السرائر بعد ذكر الخبر السابق « كيف تستسعى هذه الجارية بغير اذن صاحبها ، وكيف تعتق ولاعلى ذلك دليل ، وقد قدمنا انها ملك الغير ، والاولى ان تكون بمنزلة اللقطة ، بل يرفع خبرها الى حاكم المسلمين ويجتهد على ردها على من رقت منه ، فهو الناظر فی امثال ذلك ، ولعله يريد ما ذكره المصنف بقوله ﴿ ولو قيل تسلم الى الحاكم ولاتستسعى كان اشبه ﴾ بأصول المذهب و قواعده و اختاره جماعة ممن تأخر عنه بل فی الرياض « نسبته الى كثير من المتاخرين » لكن فی الرياض « ان ذاك بعد تعذر الرد على المالك ووكيله ، وقال يمكن تنزيل الاطلاق عليه ، لغلبة بعد دار الكفر ، ووجهه حينئذ واضح» .

قلت : هو كذلك بعد ان تكون من مجهول المالك فی يده ، بل قد يقال : بجواز تسليمها له قبل وصولها حد مجهول المالك كما هو صريح شيخنا فی شرحه ، باعتبار انه ولی الغائب فيبحث حينئذ هو عن صاحبها ويردها اليه والا وضعها فی بيت المال او تصدق بها عن صاحبها من دون شرط الضمان او مع نيته من بيت المال او من البايع أو من المشترى

---

(۱) سورة النجم الاية ۳۷

او كليهما ، وان كان قراره على الغار والظالم . وعدم وصول العوض لاينافى التعبد ومئونة الردعلى البايع ، قيل اوالمشترى ان لم يكن مغرورا ، والا فعلى الغاركساير الغرامات ،وفيه انه يمكن التشريك بينهما فيهما مع عدم الغرور، وكذاقيل ان النفقة اوادخلهافى بيت المال من كسبهااو منه ونفقة مدة البقاء او قبضهاعن الفقراء من كسبها او منهم ، ولو قبضها لصاحبها فالنفقة عليه ، و فيه أنه يقوى كون النفقة فى الاخير على الظالم .

وكيف كان فظاهر من قال بالدفع الى الحاكم ان ذلك لانه ولى عن الغائب ، لا انه لكون الجارية للامام الذى هو وارث من لاوارث له ، و هو نائب عنه ،كماعن الاردبيلى ، اذ ليس فى شىء من النص و الفتوى ما يشهدبذلك ،والموت فى الرواية لغير المالك قطعاً ،كما هوواضح.

ثم انه على العمل بالخبر المزبور ينبغى الاقتصارفيه على مضمونه ولايتعدى منه الى غيره حتى بالنسبة الى خصوص الجارية فلايتعدى الى غيرها من الاموال الصامتة والناطقة وخصوص أرض الصلح ولا يلحق بهم غيرهم من محترمى المال ، بل لايبعد الاقتصارعلى كون المشترى رجلا، وبالجملة متى قام احتمال الفرق وجب العمل على مقتضى القواعد والضوابط ، أوجب الله لناكتابة ذلك فى صحائف الحسنات وأقالنامن موبقات العثرات بحق خير خلقه محمد وأهل بيته السادة الهداة .

تم المجلد الثانى من العقود بعون الله الرؤف الودود ويتلوه فى المجلد

الثالث السالف نرجومن الله التوفيق لاتمامه

والعفوعما سلف و الحمدلله

﴿الفصل العاشر﴾

من فصول كتاب التجارة ﴿فى السلف والنظر فيه يستدعى مقاصد﴾

﴿الاول﴾ فى حقيقة ﴿السلم﴾ بفتح السين واللام الذى هو مرادف للفظ السلف قال فى مختصر النهاية السلف السلم ، وفى المجمل بالعكس ، وزاد والسلم معروف كما أنه فى الاول عطف القرض عليه ، ولعل اشتراكهما لفظا فيه لاشتراكهما فى أن كلامنهما اثبات مال فى الذمة بمبذول فى الحال والامر سهل ، وعلى كل حال فالظاهر جريان البحث السابق فى لفظ البيع أنه اسم للعقد أو النقل والانتقال أو غير ذلك من الاحتمالات السابقة فى لفظه أيضا ، فقول المصنف هنا ﴿ هو ابتياع مال مضمون الى أجل معلوم بمال حاضر أو فى حكمه﴾ مما يؤيد كون لفظ البيع عنده للانتقال المراد من الابتياع هنا ، لا خصوص الشراء.

كما انه فى الدروس عرفهما معاً بالعقد ، وانسياق الكلى فى الذمة من المضمون خصوصا بعد قوله الى أجل معلوم ، أغنى عن ذكر ما يحترز به عن المبيع المضمون قبل القبض ، فلاوجه لما فى التنقيح ، كما أن ذكر اشتراط المعلومية فى المبيع والثمن سابقا ولاحقا أغنى عن ذكر ذلك فى التعريف ، وأخرج بقوله بمال حاضر أو فى حكمه النسيئة لعدم اعتبار ذلك فيها ، اذ المراد بالحاضر المشخص الموجود فى مجلس العقد والذى فى حكمه المقبوض قبل التفرق وان لم يكن موجودا فى مجلس العقد ، أو يراد بالحاضر المشخص ، وما فى حكمه الكلى فى الذمة المدفوع قبل التفرق ، أو الدين الذى فى ذ مته بناء على جواز جعله ثمنا للسلم ، أو نحو ذلك مما لم يعتبر فى النسيئة قطعا ، وأما اعتبار الاجل فيه فهو المشهور على الظاهر ، وقيل بجوازه حالا ، وستعرف تحقيق الحال فيه ، وكان المناسب ممن يقول بعدم اعتباره فيه كالشهيد فى الدروس

عدم أخذه في التعريف .

وكيف كان فقد أجمع المسلمون على جوازه ، كما أن السنة قد تواترت فيه بل عن ابن عباس أشهد أن السلف المضمون الى اجل مسمى قد أحله الله في كتابه ، اي في قوله (١) «يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه» ﴿و﴾ لعله لعموم اللفظ ، نعم هو نوع من البيع قطعا فلابد فيه من ايجاب وقبول ، بل ﴿ينعقد بلفظ أسلمت﴾ اليك ﴿أو أسلفت﴾ كذا في كذا الى كذا من المشترى ، فيقول المسلم اليه أي البايع قبلت وشبهه ، بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع عليه ولا يقدح كون الايجاب فيه من المشترى والقبول من البايع اذ ذلك من جملة أحكامه التي اختص بها عن باقي أفراد البيع وشارك الصلح بها بل الايجاب بهذا اللفظ مختص بالمشترى ، ضرورة عدم تعقل معناهما من غيره ، كما صرح به في جامع المقاصد

﴿و﴾ قد الحق بهما المصنف والفاضل في القواعد جميع ﴿ماأدى معنى ذلك﴾ وظاهرهما جواز العقد به وان كان مجازا ، وفيه بحث ليس ذا محله ، والاولى الاقتصار عليهما ، وسلفت في ايجاب المشترى ، وأما سلم فقد قيل ان الفقهاء لم يستعملوه ومنه ينقدح الشك في العقد به ، اذ الواجب الاقتصار على المتيقن فيما خالف أصالة عدم النقل وآية (٢) «اوفوا بالعقود» غير مراد منها العموم قطعا والا لكان الخارج أضعاف الداخل ، بل لا يبعد كون المراد منها الامر بالوفاء بعقد البيع ، وعقد الاجارة وغيرهما ، لأن البيع مثلا ينعقد بكل لفظ ، ولتمام الكلام محل آخر هذا كله في الايجاب من المسلم أي المشترى .

---

(١) سورة البقرة آية ـ ٢٨٢

(٢) المائدة الاية ـ ١

﴿و﴾ أما الايجاب من البايع فيقع ﴿ بلفظ البيع ﴾ فاذاقال المسلم اليه اى البايع بعتك كذا، وصفته كذا الى أجل كذا، بثمن كذا ، وقال المشترى: قبلت ودفع الثمن في المجلس انعقد سلماً، لا بيعاً مجرداً عن كونه سلما، ولاتجوز فيه على حسب باقى استعمال العام فى الخاص، ومنه يعلم حينئذ عدم اعتبار قصد السلمية فى صيرورته سلما. بعد أن كان مورده متشخصا فى نفسه ، اذ ظاهر النص والفتوى تحقق مسماه بذلك من دون اعتبار شرط آخر بل قد يقال: انه لا يقدح قصد غير السلمية فى تحقيق كونه سلما فضلا عن عدم القصد وان اقصاه الغلط فى القصد بعد ان كان ذلك وظيفة الشارع ضرورة ان مرجعه الى اثبات احكام شرعية، كالقبض فى المجلس ونحوه على هذا الموضوع الخاص، فقصد عدمها كالمعارضة للشارع ولئن فرض كونه تشريعا على وجه لا يريد ان النقل والانتقال الا على هذا التقدير لم يبعد القول بالبطلان فتأمل جيدا .

وعلى كل حال فما عن بعض الشافعية من أن ذلك بيع لاسلم فلا يجب القبض فى المجلس و غيره من أحكامه نظرا الى كون الايجاب بلفظ البيع فواضح الفساد، اذ مع كون الاولى النظر الى المعانى لا تنافى هنا بين اللفظ والمعنى ، ضرورة كون السلم نوعا من البيع ،فليس فى لفظ البيع مايقتضى كونه غير سلم ، حتى يحتاج الى ترجيح النظر الى اللفظ على المعنى، كما سمعته عن بعض الشافعية ، اوالعكس كما فى قواعد الفاضل ، فمعنى السلم حينئذ لا معارض له، اقصاه عدم وجود اللفظ المخصوص كما هو واضح، وكذا يقع بلفظ استلفت و استلمت ، وتسلفت و تسلمت ، بناء على جواز سلم فيقول المسلم: قبلت ونحوه.

﴿و﴾ أما عقده بلفظ ﴿ الشراء ﴾ الذى ليس بمعنى البيع ، فالظاهر كونه من

السلم قال في التذكرة : « واو أسلم بلفظ الشراء فقال : اشتريت منك ثوباً أو طعاماً صفته كذا الى كذا بهذه الدراهم ، فقال : بعته منك انعقد» ، قلت : لكن فيه تقديم القبول على الايجاب ، أما لو قال قبلت ونحوه فقد يقال بصحته هنا ، بناء على ما سمعته من اختصاص السلم بجواز كون الايجاب من المشترى ، والقبول من البايع، فيكون حينئذ هذا منه . ﴿و﴾ كيف كان ف ﴿ هل ينعقد البيع﴾ الذى ليس بسلم ﴿بلفظ السلم﴾ كان يقول : أسلمت اليك هذا الدينار في هذا الكتاب ، الاشبه نعم﴾ عند المصنف و الفاضل و الكركى و الشهيدين ، بل قال ثانيهما انه مذهب الا كثر ﴿ اعتبارا بقصد المتعاقدين﴾ وان لم يكن اللفظ حقيقة فيه ، وفى التحرير كما عن الايضاح التوقف فيه .

قلت : تفصيل القول في ذلك أن النزاع ان كان في قيام صيغة اسلمت مقام بعت كالعكس فمحله فى صيغة البيع ، ولعل التحقيق عدم الجواز ، لانه مجاز بخلاف العكس ، فانه حقيقة مع عدم قصد الخصوصية ، اذ السلم نوع من البيع ، فاستعمال صيغة البيع فيه استعمال للفظ فيما وضع له ، أقصاه أن لهذا الفرد من البيع احكاماً خاصة ، أما استعمال صيغة أسلمت مرادا منها معنى بعت المجردة عن السلم ، فان جاز فانما هو مجاز ، والاحتياط في العقود اللازمة باعتبار الاقتصار فيها على المتيقن من العقود في النقل الذى مقتضى الاصل خلافه يقتضى عدمه . ومن هنا قال في المسالك: ان القول بالعدم لا يخلو من قوة .

و دعوى ان البيع يصح بكل ما ادى ذلك المعنى المخصوص ، والسلم نوع منه اعتبره الشارع في نقل الملك فجاز استعماله في الجنس مجازا تابعا للقصد واضحة المصادرة ، كدعوى انه اذا جاز استعماله لما في الذمة المحتمل للغرر ، كان مع المشاهدة أدخل ، لانه أبعد من الغرر، اذ مع المشاهدة يحصل العلم اكثر من الوصف

والحلول يتيقن معه امكان التسليم والانتفاع ، بخلاف الاجل فكان اولى بالصحة ، اذهي أوضح من الاولى بطلانا ، كالقول بأن البيع ينعقد بملكتك كذا بكذا ،ولاريب ان السلم أقرب الى حقيقة البيع من التمليك المستعمل استعمالا شايعا في الهبة ، فاذا انعقد بالابعد لتادية المعنى المراد ، فالاقرب اذا أداه أولى ، اذفيه بعد امكان الفرق منع الانعقاد به على تقدير المجازية هذا .

ولتحقيق المسألة مقام آخر الا ان المتجه على تقدير كون المراد من النزاع هنا ذلك أن يكون المقال أسلمت هذا الكتاب في هذا الدينار حتى يكون النقد ثمنا كما هو الغالب ، وبه مثل في القواعد ، أللهم ان يكون مراده انعقاد البيع بعقد السلم ، بمعنى ان عقد السلم بكيفية يصح عقد البيع به فيقول المشترى حينئذ أسلمت اليك هذا الدينار في هذا الكتاب فيقول البايع : قبلت فينعقد بيعا باعتبار ان مورده العين التي لا يصح السلم فيها ، وربما يؤمى اليه ما في المسالك من تفسيرها في المتن أى قال ذلك المشترى فيكون ذلك على نهج السلم من كون المسلم الثمن و المسلم فيه هو المبيع وهذا وان كان يناسب وضعه في هذا الباب الا ان الاصح العدم فيه اذ لا يخلو من أن يكون العاقد قصد في هذا العقد السلم ولو للجهل منه بانه(١)﴿يصح﴾ أن يكون مورده العين ، فيصح حينئذ بيعا قهرا عليه لعدم مدخلية قصد الخصوصيات ضرورة أن من قصد الصرف مثلا في غير مورده لا يبطل كونه بيعا وربما اومى الى ذلك قولهم يشترط كون المسلم فيه دينا فلا ينعقد في عين نعم ينعقد بيعا أو يكون قد قصد البيع في ذلك من الاول الامر .

وعلى كل حال فهو باطل اذ مرجع الاول الى الغلط الذى لا يصلح لان يكون عقدا اذ ليس هو من الحقيقة والمجاز وقصد الصرف في مورد غيره أمر خارج لا يورث

---

(١) هكذا في النسخة المصححة ، لكن الصحيح (لا يصح) كما هو واضح

استعمالا للفظ ، لعدم جعل الشارع اياه قسما مستقلا له صيغة تخصه ، ومرجع الثاني الى استعمال عقد السلم في البيع ، ولا دليل على صحة عقد غيره به ، سيما اذا كان بكيفية وقوع الايجاب فيه من المشتري والقبول من البايع الذي لا يصح في غير السلم من البيع ، هذا وفي القواعد بعد أن ذكر أن الاقرب انعقاد البيع بلفظ السلم قال : «وكذا لو قال : بعتك بلا ثمن أو على أن لا ثمن عليك فقال : قبلت ففي انعقاده هبة نظر ، ينشأ من الالتفات الى المعنى واختلال اللفظ ، وهل يكون مضمونا على القابض فيه اشكال ينشأ من كون البيع الفاسد مضمونا ، ودلالة لفظه على اسقاطه ، ولو قال : بعتك ولم يتعرض للثمن فانه لا يكون تمليكا ويجب الضمان .»

ونحوه في التذكرة «وفيه ان التنافي يندفع اذا عدل باللفظ عن مدلوله الى معنى اخر لا يكون بسببه التنافي ، لان هذا غير كاف في الصحة ، والا فلا يبطل شيء من العقود المشتملة على ما ينافيها ، اوجود المندوحة في المعدول به الاما لا ينافي ، و الاولى جعل منشأ النظر وجود لفظ البيع المقتضي للثمن ، ووجود المنافي لصحته وهو اشتراط عدم الثمن فيكون بيعا فاسدا ، و من ان التقييد بعدم الثمن قرينة على اراد الهبة من لفظ البيع لان الهبة هي التمليك بغير عوض ، فهو مساولها في المعنى» و فيه «ان عقد الهبة وان كانت من الجايز الا ان عقدها بمثل ذلك محل نظر او منع.»

ومنه يعلم ما في المحكي عن بعضهم من ان المدار في ذلك على القصد ، فان قصد الهبة صح وان قصد البيع . بطل بل وما عن حواشي الشهيد من أن ذلك مبني على ان العقود توقيفية او اصطلاحية ، فعلى الاول لا يصح ، لان البيع لابد فيه من العوض ، وانتفاء الجهالة ، و، على الثاني يصح ، اذ من الواضح ان الثاني ليس قولا لاحدمنا ، بل ولا احتمالا ، واما الضمان فهو المتجه بناء على انه بيع فاسد ، ضرورة كون المنع في العبارة على

تقدیر صحة هذا العقد فمع عدمها یبقی مادل علیه من عموم « علی الید » وغیره سالماً اللهم الا ان یقال ان ذلک هبة فاسدة و«مالایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده» وهو لایخلو من وجه بناعلی انه قصد بذلک الهبة فتأمل جیدا والله اعلم .

﴿و﴾ علی کل حال ف ﴿یجوز اسلاف الاعراض فی الاعراض اذا اختلفت﴾ او تفقت ولم تکن مقدرة باحد الامرین او الثلاثة لاطلاق الادلة وفی خبر وهب (۱) «لا بأس بالسلف ما یوزن فیما یکال ومایکال فیما یوزن » والمناقشة فی سنده یدفعها الانجبار بالشهرة العظیمة ، بل فی المختلف عن المرتضی الاجماع علیه ، وانه قال: یجوز عندنا ان یکون رأس المال فی السلم غیر ثمن من سایر المکیلات والموزونات ویجوزان یسلم المکیل فی الموزون ،والموزون فی المکیل لیختلف جنساهما، وما اظن فی ذلک خلافا بین الفقهاء ، فما عن ابن ابی عقیل من أنه لایجوز السلم الا بالعین والورق ولا یجوز بالمتاع واضح البطلان ، وکالمحکی عن ابی علی من انه لایسلم فی نوع من المأکول نوعا منه اذا اتفق جنساهما فی الکیل و الوزن والعدد وان اختلفت اسماؤها کالسمن فی الزیت لانه کالصرف نسیئة و ان کان قد یوهمه صحیح عبدالله بن سنان (۲)عن الصادق عليه السلام « سألت اباعبدالله عليه السلام عن رجل اسلف رجلا زیتا علی ان یأخذ سمنا قال : لایصلح ، کحسنه (۳) «سمعت أبا عبدالله عليه السلام یقول : لاینبغی اسلاف السمن بالزیت ، والزیت بالسمن» الا أن الظاهر ارادة الکراهة منهما ، وأوضح من ذلک فسادا ما حکی عنه أیضا لااختار أن یکون ثمن السلم فرجا یوطأ ، لانه قد یتطرق الفسخ

---

(۱) الوسائل الباب ـ۷ـ من ابواب السلف ـالحدیث ـ ـ۱

(۱ـ۲) الوسائل الباب ـ۷ ـ من ابواب السلف ـ الحدیث ۲ـ۳

الى العقد ، بسبب تعذر المسلم فيه فيصادف الفسخ الحبل ، وهو يوجب انتقال ام الولد اذ هو كما ترى .

﴿و﴾ أما اسلاف الاعراض ﴿فى الاثمان﴾ فقد نص عليه غير واحد لاطلاق الادلة خلافا لابى حنيفة فلايجوز ، لانها لاتثبت فى الذمة الاثمنا فلا تكون مثمنة ، وفيه منع واضح ، اذلاريب فى جواز بيع الذهب و الفضة بهما ، اللهم الا ان يريد اذاكان احد المقابلين عرضا ، وفيه منع واضح أيضا ، ﴿و﴾ فى خبر غياث (١) «عن جعفر عن أبيه عليهما السلام قال : لا بأس بالسلف فى الفلوس» فالحق أنه يجوز كجواز ﴿اسلاف الاثمان فى الاعراض﴾ الذى لاخلاف فيه بيننا بل ﴿و﴾ لابين المسلمين نعم ﴿لايجوز اسلاف الاثمان فى الاثمان ولو اختلفا﴾ لالان التقابض شرط ، اذ يمكن فرض حصوله بقصر الاجل فى المسلم فيه ونحوه ، بل لظهور النصوص (٢) المتقدمة سابقا فى عدم جواز الا جل فى النقدين اذا بيع احدهما فى الاخر ، و أنه لابد من الحلول فى بيعهما والتقابض فى المجلس ، كما أوضحناه سابقا ، فتوقف ثانى الشهيدين فيه هنا فى غير محله ، هذا كله بناء على اشتراط الا جل فى السلم ، و الا جاز اسلافها فيها مع التقابض ، و جاز اسلاف الربويات بعضها فى بعض كما هو واضح ، والله اعلم .

المقصد ﴿الثانى فى شرائطه﴾

الزايدة على شرايط البيع ﴿ و﴾ قد قيل ﴿ هى ستة الاول و الثانى . ذكر الجنس﴾ أى الحقيقة النوعية كما سمعته فى الربا ﴿والوصف﴾ المائز بين أفراد ذلك

---

(١) الوسائل الباب -١- من ابواب السلف فى ذيل الحديث-١٢

(٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب الصرف

النوع . وقد يستغنى به عن ذكر الجنس ، لكن قد يناقش فى ذلك بأنه غير خاص فى السلم ، ضرورة كون المدرك فى ذلك رفع الجهالة التى لا فرق فى اعتبار رفعها بين السلم وغيره ، ﴿و﴾ من هنا قال المصنف وغيره : ﴿الضابط﴾ فيه ﴿أن كل ما يختلف لاجله الثمن﴾ اختلافا لايتسامح بمثله فى السلم ﴿فذكره لازم﴾ و المرجع فى ذلك الى العرف ، ضرورة أنه ربما يكون العامي أعرف من الفقيه فى ذلك ، ولذا كان حظ الفقيه منها الاجمال ، و ستسمع تعرض جملة من الا صحاب الى جملة منها ، و ان أوكلوا الامر فيه أيضا الى ما عرفت ، كما أن المرجع اليه أيضا فى معرفة الوصف الذى يحصل الجهالة بترك التعرض له وغيره ، فان كثيرا من الا وصاف تختلف الثمن بها اختلافا لايتسامح فيه ، لكن لاجهالة فى عدم التعرض لها ، وانما ينص عليها من له غرض خاص فيها ، والافلا .

وكان اطلاق المصنف اتكالا على قوله ﴿ و لا يطلب فى الوصف الغاية ، بل يقتصر على ما يتناوله الا سم ﴾ بناء على أن المراد منه عدم وجوب الا ستقصاء فى الوصف ، بل يجوز الاقتصار منه على ما يتناوله اسم الموصوف بالوصف الذى يزيل اختلاف أثمان الافراد الداخلة فى العين ، اذ مرجعه حينئذ الى العرف ، وعلى ذلك فان استقصى كذلك و وجد الموضوع صح السلم ، و ان عز وجوده بطل ، فعلى هذا النهى و الا مر الواقعان فى العبارة قد يكونان على وجه المنع و اللزوم ، كما اذا استلزم الاستقصاء عزة الوجود ، و قد يكونان على وجه نفى اللزوم والجواز كما اذا لم يستلزم ذلك .

ومن هنا قيل أنها احسن من عبارة القواعد ، حيث يجوز ، فجمع بين الفردين المختلفين فى الصحة وعدمها ، «فقال : ولايجب فى الاوصاف الاستقصاء لعسر الوجود»

اذالتعليل بعسر الوجود لعدم الجواز ، لالعدم الوجوب كماقدعرفت ، ويمكن أن يراد مما في المتن أنه لا يجب أن يطلب في الوصف الغاية ، بل يقتصر على ما يتناوله اسم الوصف ، فيكتفي حينئذ في وصف الحنطة مثلا بالحمراء ، ولا يطلب الغاية في الاحمرار ، وهووان كان الحق بقوله بل يقتصر الى آخره ، لكنه فيه اولا انه لايجوز الاقتصار على اسم الوصف مع فرض اختلاف أفراده بما لايتسامح فيه ، ويؤدي تركه الى الجهالة ، وثانيا لاتكون العبارة عامة ، المعروف من الاصحاب هنا النص عليه من المبالغة في كثرة الاوصاف ، فلاريب في أن حمل العبارة على الاول الذي هو اعم من ذلك اولى ، ولاينافيه الاضراب بناء على ماعرفت .

نعم لولاه لامكن حمل النهي في العبارة على حقيقته ، على معنى أنه لايفعل ذلك بحيث يؤدي الى عزة الوجود ، لبطلان السلم فيه حينئذ لما ستعرف من اشتراط كون وجوده غالبا ، مع احتمال أن يقال فيه ان المراد من الامر بالاقتصار ، بيان ابتداء الرخصة في جواز ذلك ، حتى ينتهي الى الوصف المؤدي الى عزة الوجود ، والامر في ذلك سهل بعد وضوح كون المراد على كل حال بيان جواز السلم في غير عزيز الوجود ، والمنع فيه ، بل قيل انه لاخلاف فيه ، بل ربما ادعى الاجماع عليه بل قيل انه الدليل له ، مضافا الى التعليل بأن عقد السلف مبني على الغرر ، لانه بيع ما ليس بمرئي ، فاذاكان عزيز الوجودكان مع الغرر مؤديا الى التنازع والفسخ فكان منافيا للمطلوب من السلف ، وان كان هو كماترى .

وعن الايضاح توجيهه بأنه لما جل جناب الحق جل شأنه عن التكليف بما لايطاق واقتضت حكمته البالغة عدم خرق العادات غالبا بمجرد ما يرد على العبد من متناقض الارادات ابطل السلم فيما يؤدي الى احدهما قطعاً ، وما تجد أداؤه تجدد بطلانه ، قال : فظهر من ذلك

أن ما يعز وجوده لا يصح السلم فيه، ويبقى ما لا يعز، لكن وجوده اقلي في الاغلب لاستقصاء الصفات والاقرب فيه الصحة . لعدم استلزامه المحال، مع امكانه في نفسه، وجواز ثبوته في الذمة ولوجود المقتضي وهو عقد البيع، وانتفاء المانع: وهو عزة الوجود، وفي التذكرة «قد بينا ان الاستقصاء في ذكر الاوصاف المخرج الى عزة الوجود وعسر التحصيل مبطل للسلم ، لما فيه من تعذر التسليم الذي هو مانع من صحة البيع ، (الى أن قال) والضابط عزة الوجود وتعذره يبطل معه ، ويصح بدونه»

قلت ومن ذلك يعلم ان المراد بعزيز الوجود ممتنعه ، وبطلان السلم فيه حينئذ واضح، وصحيح عبد الرحمن(١) وغيره دال عليه ، مضافا الى معلومية اشتراط القدرة على التسليم ، بل الظاهر بطلان غير السلم فيه من المعاوضات ،كجعله ثمن مبيع ونحوه ، بل لا يبعد الحاق الندرة التي تعد المعاملة معها سفهاً به . نعم لا بأس بها اذا لم تكن كذلك وان حصلت المشقة معها ، كما نص عليه في القواعد والدروس وغيرهما ، وتسمع تمام الكلام في ذلك في اشتراط غلبة الوجود ، بناء على ان المنع في عزيز الوجود يؤول الى فقدان هذا الشرط ، لأنه شرط آخر فتأمل جيدا والله أعلم .

(ويجوز اشتراط الجيد والردى) بلا خلاف ، للاطلاق السالم عن المعارض من عزة الوجود وغيرها ، بل قد يقال بكونهما من الاوصاف التي يتوقف رفع الجهالة على ذكرهما ، ومن هنا حكي عن المبسوط والتذكرة وجوب التعرض لهما ، بل في التحرير الاجماع واقع على ذكر الجودة ، و في الدروس قيل يجب ذكر الجودة والرداءة بالاجماع ، وان قال فيه نظر ولعله كذلك ولو بالنسبة الى البعض ﴿و﴾ على كل حال فلا ريب في جواز ذكرهما . نعم ﴿لو شرط الاجود لم يصح لتعذره﴾

(١) الوسائل الباب ـ ٧ ـ من ابواب احكام العقود الحديث ـ٣ـ

بلاخلاف أجده ،بل في التذكرة اجماعا ، وفي الروضة أنه موضع وفاق ، لعدم تناهي مراتبهما، وعلى كل تقدير فهو غير معلوم ، لكن في التذكرة بعد دعوى الوفاق المزبور قال : «فيه اشكال لامكان ضبطه في بعض الامتعة كالطعام ، فانه قد يتناهى جودته»

قلت : لاريب في جوازه مع هذا الفرض وأنه لايؤدي الى عزة الوجود ، بل ينبغي الجواز أيضاً مع ارادة ما يصدق عليه أنه من الاجود عرفا ، لاالمرتبة التي ليس فوقها أجود منها ، وكأنه الى ذلك نظر الاردبيلي وصاحب الكفاية فيما حكي عنهما من احتمال الجواز ، كما أن نظر الاصحاب لارادة حقيقة اللفظ لغة ، فيتجه المنع حينئذ ﴿ و كذا لوشرط الا ردى ﴾ فانه ما من ردى الا و هناك أردى منه . و يأتي فيه ما سمعت .

بل قال المصنف : ﴿ولو قيل في هذا بالجواز لكان حسنا لامكان التخلص﴾ بدفع الردى،لانه ان كان هو الاردى ،فهو عين الحق والازاده خيراً ويجب عليه القبول لانه وفاء وزيادة ، كما يؤمى اليه النصوص في باب القرض (١) بل عدته من حسن القضاء ، وانه من الفضل الذي قد نهينا عن نسيانه (٢) بل في التحرير والارشاد الحكم بالصحة ، وحكاه في التذكرة قولا لبعض اصحابنا ، وان كنت لم اجده لاحد قبله ،بل هو قد استشكل في القواعد ، وحكم بالبطلان في التذكرة ، كالشيخ و فخر المحققين والشهيدين والكركي وغيرهم ، لعدم الضبط ، ووجوب قبض الجيد عنه لو دفع لايصيره مضبوطا عند العقد ، لانه ليس من أفراده ، على أنه اذا امتنع من الاداء لم يتمكن الحاكم من اجباره . لعدم ضبط الاردى ، وعدم استحقاق غيره عليه، ﴿و﴾ التحقيق

(١) الوسائل الباب-١٩ و ٢٠- من ابواب القرض وباب ١٢ - من ابواب الصرف

(٢) سورة البقرة الاية - ٢٣٧

ما سمعته في الاجود ، فتأمل جيدا .

ثم انه ﴿لابد﴾ مع ذلك ﴿أن تكون العبارة الدالة على الوصف معلومة بين المتعاقدين ظاهرة في﴾ العرف أو ﴿اللغة حتى يمكن استعلامها عند اختلافهما﴾ ، فلوجهلاها أواحدهما بطل ، ولا يكفي الاحالة على المراد لغة اوعرفا . ضرورة عدم صدق ارتفاع الجهالة بذلك ، بعد ظهور ما دل على شرطيتهفيما بين المتعاقدين ،و المراد بظهورها في العرف أواللغة معروفية اتصاف العين بالوصف المشترط في أحدهما : كي يحصل به قطع النزاع او حصل ، ولعله لذا قال في القواعد « الصفات ان لم تكن مشهورة عند الناس لقلة معرفتها كالادوية والعقاقير ، أو لغرابة لفظها ، فلا بد ان يعرفهاالمتعاقدان وغيرهما ، وهل تعتبر الاستفاضة ام يكفي معرفةعدلين؟ الاقرب الثاني » ، كما عن الايضاح ايضا ، بل في جامع المقاصد ان الاقرب الاول ، لامكان موت احدهما او غيبته ، لكن قال : ان هذا اى ماذكره المصنف لايناسب ما بني عليه الباب من عدم الجواز فيما لايعم وجوده ، و يعز حصوله ، و في المسالك «المراد بظهورها في اللغةكونها علىوجه يمكنالرجوع اليهاعنداختلافهماكماقيده» وانما يتم ذلك اذاكان مستفاضا ، أويشهدبهعدلان .

وعلى كل حال فلوذكراوصفا لايمكن معرفته و تحققه في احدهما بطل السلم فلا يجوز ، ولعل من ذلك بعض الاوصاف التي يذكرها الاطباء من درجات الحرارة اوالبرودة ونحوهما ، وكان المرجع في ذلك اماالجهالة عرفاً اوما يساويهافي الاول الى النزاع الذى اراد الشارع حسم مادته بالعقود المعروفة ، لااثارته ، بان يشرع منها مايودى اليه مما نحن فيه وغيره ، فتأمل جيدا ، فانه لادليل واضح علىاعتبار ظهور العبارة في العرف واللغة بعد فرض المعلومية بينهما ، واحتمال الاختلاف

يرجع فيه الى قواعد التداعى ، فما فى المتن مجرد اعتبار . نعم لو كان المراد ما يؤدى الى المعلومية فى المبيع اتجه حينئذ ، اما الزائد على ذالك فلا دليل عليه و الله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فقدبان لك من ذلك‌كله انه (اذا كان الشيء مما لاينضبط بالوصف﴾ على‌وجه يرتفع‌جهالته‌ولايؤدى‌الى‌عزة وجوده﴿لم‌يصح‌السلم فيه﴾قطعا. نعم قد يشك فى بعض افراده﴿كاللحم نيه و مشويه و الخبز﴾ و ان نفى الخلاف في‌الرياض فيهما ،بل حكى‌عن الغنية الاجماع‌عليه ، فانه‌ربما استشكل في‌الاول بانه لافرق بين‌الحيوان ولحمه ،وبينه‌وبين‌الشحم،فاذا جاز فيهماجاز في‌الاخر،وفي‌الثانى بان النصوص (۱) قدجوزت قرضه ،وانه لابأس بالتسامح فيه ، ولو كان ممالاينضبط وصفه لم‌يجز قرضه مضمونا بمثله ، وقد يجاب عن‌الاول بان الشارع قدكشف عن عدم ضبطه بالوصف .ففى خبر جابر(۲) « سألت الباقر عليه السلام عن السلف فى اللحم فقال: لاتقربنه، فانه يعطيك مرة السمين ، و مرة التاوى ،و مرة المهذولة ،واشترمعاينة يداًبيد. (بل‌قال‌ايضاً) وسألته عن السلف فى روايا الماء فقال: لاتقربنها فانه يعطيك مرة ناقصة ، ومرة كاملة» اللهم الا ان يحمل ذلك منه عليه السلام على‌الارشاد لعدم الوفاء كمااستظهره في‌الحدائق حاكيا عن بعض‌مشايخه .أنه حمله على‌الكراهة ،لاان‌مراده عدم جوازالسلم فيه ، لعدم‌الانضباط بالوصف ،وعن‌الثانى بالفرق بين‌القرض والسلم: فانه قد يتسامح فى الاول بمالايتسامح فى الثانى ، المبنى على رفع الغرروالجهالة ، كمالايخفى على من‌لاحظ احكامهما معاً ،وماوردفيهمامن‌النصوص.

(۱) الوسائل الباب - ۱ - من‌ابواب السلف وباب ۲۱ من ابواب الدين‌والقرض

(۲) الوسائل الباب ۲ من ابواب السلف الحديث ۱

و علی کل حال فالامر سهل بعد معرفة الضابط فی الجواز والعدم ، وان ماشك فيه فالاطلاقات تقتضی جوازه ، لعدم تحقق الجهالة المانعة من الصحة اذ المناقشة فی الامثلة ليست من دأب المحصلين ، خصوصا بعد اختلاف حالها فی الامكنة و الازمنة ، و خصوصا بعد ملاحظة جواز بيع الشخص الموصوف بالاوصاف الرافعة للجهالة عنه، ضرورة امكان فرض ذلك فی الكلی علی وجه لايؤدی الی عزة الوجود كما هو واضح والله العالم .

﴿ و ﴾ من ذلك السلم ﴿ فی الجلود ﴾ وان قال المصنف فيه ﴿ تردد ﴾ ينشأ من عدم امكان ضبطها ومعرفتها علی وجه ترتفع جهالتها، ولايؤدی الی عزة الوجود الا بالمشاهدة التی يخرج معها عن السلم ، لشدة اختلاف قيمتها معها ، بحيث لايقوم الوزن مقامها ولاغيره، ومن هنا كان المشهور نقلا و تحصيلا المنع، ﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ والقاضی فيما حكی عنهما : ﴿يجوز مع المشاهدة التی تدفع المحذور السابق، ﴿ و هو ﴾ وان كان كذلك الا انه رده المصنف بانه ﴿ خروج عن السلم﴾ الذی قد عرفت وجوب كونه كليا مضمونا فی الذمة ، و اجاب منه فی المسالك بانه انما يخرج مع تعيين المبيع ، و كلام الشيخ اعم منه ، فيمكن حمله علی مشاهدة جملة كثيرة يكون المسلم فيه داخلا فی ضمنها ، وهذا القدر لايخرج عن السلم كما لوشرط الثمرة من بلد معين ، اوالغلة من قرية معينة لاتخيس عادة ، الا انه قال بعد ذلك : والاجود المنع للاختلاف ، وعدم الانضباط .

وفيه ان الاجود الجواز بناء علی ما ذكره ، اذا جعل المسلم فيه كليا معلوما مضمونا فی الذمة ، ثم اشترط الاداء من المشاهد ، والافاشتراط الاداء من المشاهد لايرفع الجهالة عن المبيع الكلی ، اذ هو ليس من اوصافه ، لا انه جعل المسلم فيه واحدا منها ، كما عساه يفهم من كلامه اولا ، اذ هوان صح كان علی سبيل الاشاعة ،

وهو خارج عن السلم ، كخروج الكلي غير المضمون في الذمة عنه ، اما الاول فلا اشكال في صحته ، بل قيل : ان ظاهر الخبرين يقتضي الصحة مطلقا ، قال في احدهما(١) « اني رجل قصاب ابيع المسوك قبل ان اذبح الغنم ؟ فقال : ليس به بأس ، ولكن انسبها الى غنم ارض كذا وكذا» وفي الاخر(٢) «رجل يشتري الجلود من القصاب ، فيعطيه كل يوم شيئا معلوما ؟ قال : لابأس به» .

وان كان فيه انهما ـ مع ضعفهما وعدم الجابر بل الشهرة على خلافهما ، بل الثاني منهما غير دال على المطلوب ، بل لاصراحة فيهما بالسلم ـ يمكن تنزيلهما على الصورة الصحيحة ، او الشراء بصلح ونحوه اوغير ذلك، هذا ، وقد يقال : بالصحة لو فرض امكان المعلومية بمشاهدة انموذج يرفع الجهالة ، ولا يؤدي الى عزة الوجود ، ولعل مراد الشيخ ذلك من المشاهدة التي حكم بالجواز معها ،والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فالمشهور كما عن الكفاية انه ﴿ لايجوز ﴾ السلم ﴿ في النبل المعمول﴾ للمانع المزبور ، ضرورة كونها تجمع اخلاطاً مقصودة ، لان فيها خشبا ، وعصبا ، و ريشا ، بل قيل : ان الا قرب عدم جوازه في المنحوت منها لعدم القدرة على معرفة تحتها ، و تتفاضل في الثمن ، و تتباين فيه ، مع كونها مخروطة خفيفة الاطراف ، ثخينة الوسط ، فلا يمكن ضبطها ، قيل ، وكذا القسي ، و فيه انه يمكن فرض الضبط في العيدان على وجه يرتفع المانع المزبور ، بل قد يدعى ذلك في المعمول منها ايضاً ، بل والقسي ، واما غير المنحوت منها فلاريب في جوازه ، لا مكان الضبط الذي لا يقدح فيه ما لا يتفاوت به الثمن من الاختلاف ، ﴿ و ﴾

(١) الوسائل الباب ـ٥ـ من ابواب السلف الحديث ـ ٤

(٢) الوسائل الباب ـ٣ـ من ابواب السلف الحديث ـ٧

﴿و﴾ من هنا قال المصنف : ﴿یجوز فی عیدانه قبل نحتها﴾ نعم لا بد من التقدیر بالعدد اوالوزن والله اعلم .

﴿و﴾ کذا ﴿لا﴾ یجوز ﴿فی الجواهر واللالی لتعذر ضبطها﴾ بحیث ترتفع جهالتها ﴿و﴾ لا یؤدی الی عزة الوجود ﴿لتفاوت الاثمان مع اختلاف اوصافها﴾ بالحجم والوزن وغیرهما ، لکن ظاهره کغیره ممن اطلق عدم الفرق فی ذلک بین الکبار والصغار ، وما یراد منه للدواء وغیره ، وهو لا یخلو من اشکال ، اذ قد صرح بجوازه فی الصغار الشهیدان والکرکی وغیرهم ، بل فی الدروس ان الاقرب جوازه فی العقیق وشبهه ، من الجواهر التی لا یتفاوت الثمن باعتبارها تفاوتا بینا ، قیل : وضابط الصغار من اللالی کلما یباع بالوزن ، فلا یلاحظ فیه الاوصاف الکثیرة عرفا ، و عن بعضهم تحدیدها بما یطلب للتداوی دون التزین ، او ما یکون وزنه سدس دینار ، والاولی اناطة ذلک بالعرف .

﴿ولا﴾ یجوز ایضاً ﴿فی العقار والارضین﴾ للمانع المزبور ، والامر فی ذلک کله سهل بعد ما عرفت الضابط فی الجواز والعدم ، خصوصا بعد ما سمعت ان العامی ربما یکون اعرف من الفقیه فی ذلک ، و ان اکثر الاصحاب فی الامثلة للجایز و الممنوع ، کما اکثروا فی بیان الاوصاف للموصوفات ، مع انه اطلق فی النصوص(۱) « انه لا بأس بالسلم فی المتاع اذا وصفت الطول و العرض ، » و لا بأس به فی الحیوان اذا وصفت الا سنان » اتکالا علی العرف ، فکان الا ولی بالا صحاب ذلک ایضاً ، ﴿و﴾ لعل المقصود التنبیه اجمالا ، فلا بأس بالتأسی بهم و الا قتداء بأ نوارهم .

(۱) الوسائل الباب ـ ۱ـ من ابواب السلف الحدیث ـ ۱ـ۳

فنقول قد عرفت انه ﴿ يجوز السلم ﴾ في كل ما يمكن ضبطه بالوصف المعلوم بين المتعاقدين وغيرهم ، من غير تأدية الى عزة الوجود ، فلا اشكال حينئذ في جوازه ﴿ في الخضر والفواكه ، وكذا كل ما تنبته الارض ، وفي البيض والجوز واللوز ﴾ وغيرهما مما هو كذلك ، لامكان ضبطها بالوصف المزبور الذي مرجعه عند التحقيق الى العرف ، لكن في الدروس « انه يذكر في الفواكه البلد والنوع ، والطراوة اوضدها واللون ان اختلف ، وفي الزبيب البلد والنوع والكبر او الصغر ، واللون ان اختلف نوعه اوغيره ، وفي التمر البلد والنوع ، والكبر والصغر ، والحداثة والعتاق ، واللون ان اختلف النوع ، وفي الرطب ذلك كله الا العتاقة ، ويجب الفارق ، ولو شرط المنصف والمذنب لزم ، وله الجاف من التمر والزبيب الخالي من الحثالة ، ولا يجب تناهي الجفاف ، وفي الحنطة البلد و الحداثة والعتق واللون ، والكبر والصغر ، والصرابة وضدها ، ولا يشترط ذكر حصاد عام او عامين ، وان ذكره جاز ، وفي الشعير ذلك كله »

قلت : وكذا غيرهما من الحبوب ، لكن عن المبسوط ان جملة وصف الحنطة ستة ، الا انه ابدل الصرابة بالجودة و الرداءة ، وزاد المحمولة والمولدة ، وتبعه في التذكرة « يصف الحنطة بامور ستة ، البلد فيقول شامية اوعراقية ، فان اطلق حمل على ما يقتضيه العرف ان اقتضى شيئاً و الابطل ، ويقال محمولة او مولده يعني محمولة من البلد التي تنسب اليه ، او تكون مولدة في غيره ، و يذكر الحداثة والعتق ، والجيد و الردى ، واللون كالحمراء و البيضاء والصفراء ان اختلفت ، و بالحدارة وهي امتلاء الحب ، و الدقة و صفائه ، ويذكر الصرابة اوضدها : وينبغي أن يذكر القوى او ضده ، (الى ان قال) وكذا حكم كل صنف من الحبوب من أرز او دخن او شعير اوسلت »

وفي القواعد « انه يذكر في البر وغيره من الحبوب البلد والحداثة ، والعتق

والصرابة أو ضدها» وظاهره الاكتفاء فی رفع الجهالة عرفا بالثلاثة ، واما الرطب فهو وان كان لا يكون عتيقا الا ان له اشتراط لقطة يومه ، اوامسه ، بل لعل حداثته وعتقه بذلك، بل قد يقال بلزوم التعرض لذلك كما عن بعض الشافعية ، لاختلاف الثمن و الرغبة باختلافهما اختلافا يؤدی عرفا الی الجهالة بدونهما و الله اعلم

﴿ وفی الحيوان كله﴾ غير الاناسی منه ﴿والاناسی ﴾لكن فی الدروس «انه يذكر فی الابل السن و الذكورة او ضدها ، و اللون والصنف ، كالعرابی و البخاتی والنتاج اذا كان معروفا عام الوجود ، وكالعبادی نسبته الی عباد بالفتح ، وهم قبائل شتی من بطون العرب اجتمعوا علی النصرانيه بالحيرة - وفی الخيل الذكورة والسن والنوع، كالعربی والتركی واللون ، وفی البقر و الحمر ، السن والنوع والذكورة واللون والبلد ، وفی الطير النوع واللون وكبر الجثة ، لعدم العلم بسنه ، وفی الرقيق الذكورة والنوع واللون والسن والقد كالطويل و القصير والربعة . ولو قدره بالاشبار احتمل المنع . لافضائه الی عزة الوجود، ويحتمل وجوب ذكر الكحل والدعج والزجج وتكلثم الوجه فی الجارية وكونها خميصة ريانة الملمس ، ثقيلة الردف، اواضداد ذلك، لتفاوت الثمن به ، وعدم عزته ، والاقرب وجوب تعيين البكارة والثيبوبة فی الامة ، فلو اطلق بطل، ولا يشترط ذكر الملاحة فلو ذكرها روعی العرف ، ويحمل علی أقل درجته ، ويحتمل البطلان لعدم انضباطها فان مرجعها الی الاستحسان والشهوة المختلفين باختلاف الطباع، ولا يجب التعرض لآحاد الاعضاء لعدم تفاوت الثمن فيه بينا ، وربما أدی الی عزة الوجود»

وفی القواعد «انه يذكر فی الحيوان النوع واللون و الذكورة والانوثة والسن وفی الاناسی زيادة القد كرباعی ای اربعة اشبار أو خماسی ، فيقول عبد زكی اسمه ابن سبع طويل اوقصير أو ربع ، الی أن قال : ولو اختلف النوع الواحد فی الرقيق وجب ذكر الصنف ، ولو اتحد لونه كفی نوعه عنه ، ثم قال : ويذكر فی الابل الذكورة او الانوثة

والسن كبنت مخاض ،و اللون كالحمرة ، و النوع كنعم بني فلان او نتاجهم كبختي او عربي ان كثروا وعرف لهم نتاج ، والابطل كنسبة الثمرة الى بستان ،وفي الخيل السن واللون و النوع كعربي او هجين ، ولا يجب التعرض للشيات كالاغر والمحجل ، وفي الطير والنوع والكبر والصغر من حيث الجسة ، ولا نتاج للبغال والحمير ، بل يذكر عوضه النسبة الى البلد،»

ويقرب من ذلك كله ما في التذكرة لكن لا يخفى عليك ما في دعوى توقف رفع الجهالة لدعرفا على ذكر بعض ذلك ، اومقتض غيره ، اودليل بالخصوص،ولعل عرفهم غير عرفنا الآن في ذلك ،بل وفي عزة الوجود وعدمه ،فانه يمكن دعوى عدمها في جملة مما ذكروا أنه مقتض لها ، والامر سهل بعد ماعرفت من كون المدار على رفع الجهالة عرفاً و عدم عزة الوجود ، و مع الشك فالعمومات تقتضي الجواز والله اعلم.

﴿ و ﴾ كذا الكلام في السلف في ﴿الالبان و السمون و الشحوم و الاطياب والملابس والاشربة والادوية بسيطها ومركبها مالم يشتبه مقدار عقاقيرها ﴾ وان ذكر في القواعد والدروس وجوب التعرض في الاول الى النوع كالمعزو المرعى ، بل في الاول منهما وان قصد به الجبن اوالكشك ، احتمل ذكر الزمان بالصفاء والغم ، فان لهما اثرا بينا في دينك عند أهله ، وقالا معاً ويلزمه مع الاطلاق حلبة يومه ، كما أنهما قالا ايضا يعتبر في الثاني ذكر النوع،كالبقر ،واللون كالاصفر والمرعى و الحداثة أوضدها ، وينبغي أن يذكر في الثالث النوع واللون والصفاء ونحوذلك مما يتوقف رفع الجهالة عليه ،وكذا الرابع وأما الملابس ففي الدروس أنه يذكر في الثياب النوع والبلد والعرض والصفاقة والغلظ والنعومة أواضدادها ،ولا يجوز ذكر الوزن لعسره،وله الخام عند الاطلاق ، وان ذكر المقصور جاز،فان اختلف البلد ان ذكر بلد القصارة ، كالبعلبكي

والقبطی ، ویجوز اشتراط المصبوغ فیذکر لونه واشباعه أوعدمه ،ولافرق بین المصبوغ بعد نسجه أوقبله علی الاقوی ، ومنعه الشیخ اذاصبغ بعد غزله ، لان الصبغ مجهول و لانه یمنع من معرفة الخشونة و النعومة ، وفی وجوب ذکر عدد الخیوط نظر اقربه ذلك ، لاشتهاره بین اهله وتاثیره فی الثمن»

ویقرب منه مافی القواعد وان قال «انه یذکر فی الثیاب ثمانیة النوع کالکتان والبلد واللون والطول والعرض والصفاقة والرقة والنعومة اوأضدادها » ثم ذکر بعدذلك أوصاف الغزل و القطن والصوف کما أنه فی الدروس کذلك ایضاً وذکر الحریر والکرسف والکتان وغیرذلك ، الاأنه اجاد بعد ما اطنب وتعرض لثلاثة عشر مماتعم به البلوی قال :ومدار الباب علی الامور العرفیة وربما کان العوام أعرف بهامن الفقهاء وحظ الفقیه البیان الاجمالی وهو جید جدا

و منه یعرف الحال فیما ذکره المصنف وغیره ، لکن ظاهر المصنف عدم جواز السلم فی الادویة المرکبة مع اشتباه مقدار عقاقیرها أی أجزائها التی تترکب منها ، بل فی المسالك أنه یعلم من ذلك اشتراط العلم بمقدارها نفسها بطریق أولی، لترتفع الجهالة ، لکن قال : و فی اعتبار ذلك فی المشاهد نظر ، من توقف العلم علیه ، ومن مشاهدة الجملة و هو أجود ، قلت : لاینبغی التامل فی عدم وجوب المعرفة مقدار الاجزاء اذا لم یکن له ضابط معین مقصود ،کما انه لاینبغی التامل فی وجوب المعرفة معه ، واما الجملة فان کانت من المعتبرات وجب ، والاضبطت فیه ، لیتمکن من الوفاء ، وتسمع قوة عدم اعتبار الضبط بالوزن و الکیل المتعارف والله اعلم هذا .

﴿و﴾ لاریب فی انه یجوز السلف ﴿فی جنسین مختلفین صفقة واحدة﴾ مع جمع کل منهما لشرائط السلم ، اتحدا فی الاجل أواختلفا ، وکذا الثمن لاطلاق الادلة

بلامعارض ، ﴿و﴾ كذا ﴿يجوز السلم في شاة لبون﴾ بلاخلاف أجده لوجود المقتضى وارتفاع المانع ، خلافا للشافعي في احد قوليه ، فمنعه لمجهولية اللبن و فيه مع أنه من التوابع ان ذلك وصف للنوع لاسلم في اللبن ﴿و﴾ اذا ﴿لايلزم﴾ عليه ﴿تسليمها فيه لبن﴾ من الشياة ﴿بل﴾ يكفيه ﴿شاة من شأنها ذلك﴾ بل لوكان فيها لبن فملاكان له حلبها وتسليمها بلالبن . نعم المفهوم عرفا من ذلك كونها ذات لبن بالقوة القريبة من الفعل . ومن هنا جزم في المسالك بعدم الاجتزاء بتسليم الحامل وان قرب أوان ولادتها أما لو كانت حاملا وقد در اللبن امكن وجوب القبول للصدق ، والامر سهل بعد ان كان المدار على العرف كما هو واضح .

﴿و﴾ كذا ﴿يجوز﴾ عندنا كما في التذكرة ﴿في شاة معها ولدها﴾ وفاقا للمشهور كما في المسالك ، لامكان الضبط بالوصف الرافع للجهالة ، ولايؤدى الى عزة الوجود ، وكذا الجارية معها ولدها ﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في المحكى عن مبسوطه والشهيد في اللمعة ﴿لايجوز﴾ فيهما معا ﴿لان ذلك مما لا يوجد الا نادرا﴾ وربما ظهر من المتن نوع تردد فيه ، لقوله وكذا الى آخره ، وعلى كل حال ففيه منع واضح . نعم في التذكرة «المنع في الجارية الحسناء معها ولد صفته كذا و كذا ، او اخت اوعمة بحيث يتعذر حصوله» وهو كذلك وفي الدروس «المنع من اشتراط الولد مع الام المقصود بها التسرى ، قال : «ولو قصد بها الخدمة كالزنجية جاز لقلة التفاوت» وفيه منع عزة وجود الاولى ايضا كما جزم به ثاني الشهيدين ، ومن الغريب انه جزم في الدروس بجوازه ايضا في الجارية الحامل ، سواء كانت حسناء او شوهاء وفي اللمعة بالعدم موافقا للمحكى عن المبسوط .

ومن هنا قال في المتن : ﴿وكذا التردد﴾ في السلم ﴿في جارية حامل لجهالة

الحمل﴾ وفيه انه تابع ﴿و﴾ لاعزة وجود ﴿فى﴾ الجارية الحامل الموصوفة بما يرتفع معها جهالتها ، فالاجود الجواز فى الجميع بعد انكان المدار فى المنع على عزة الوجود المعلوم منعها فى المقام كما هوواضح ، كوضوح ﴿ جواز الا سلاف فى جوز القز﴾ لذلك بعد الوصف بالطراوة واليبس واللون والبلد ، لكن قال المصنف فيه ﴿تردد ﴾ بل عن الشيخ الجزم بالعدم لان فى جوفه دودا يفسده اذا خرج منه حيا ويمتنع بيعه اذامات ، وفيه ان السلم فى غيرالدود الذى هوكنوى التمرفى بلد لاقيمة له فيه والله اعلم.

﴿ الشرط الثالث ﴾ من الشرائط ﴿ قبض رأس المال قبل التفرق شرط فى صحة العقد﴾.

اجماعا فى الغنية والمسالك ﴿ و﴾ حينئذ ف ﴿ لو افترقا قبله بطل ﴾ عند علمائنا اجمع فى التذكرة و هو الحجة فيه بعد شهادة التتبع و انحصار الخلاف فى المحكى من قول ابى على : لااختار تأخير قبضه اكثر من ثلاثة ايام الذى قال فى الدروس وغيرها : «انه متروك» نعم عن صاحب البشرى التوقف فيه كصاحب الحدائق معللاله فى الاخير بعدم النص ، لكنك خبير بان فى الاجماع المحكى المعتضد بما عرفت بلاغا ، مع احتمال القول بأن اصالة عدم النقل والملك قبله محققة و لو للشك فى تسبيب العقد هنا للملك ، للاتفاق المزبور ، ولان الامر بالوفاء بالعقد اعم منه ، بل قد يقال: باعتبار تسليم الثمن فى حقيقة السلم ، و انه بدونه منتف حقيقة السلم ، الا ان الانصاف كون العمدة الاجماع المزبور انما الكلام فى المراد من معقده و الظاهر من الاولين توقف الملك عليه كشفا او نقلا ، بل الظاهر الثانى منهما .

وعلى كل حال فقبله لاملك وحينئذ فلو كان الثمن فيه كليا لاشيئا معينا لم تشتغل الذمة به ، فلاتصح الحوالة حقيقة به وعليه ، ولاضمانه ولاالصلح به وعليه ، ولايحصل به التقاص قهرا ، ولاغير ذلك مما يعتبر فيه شغل الذمة المتوقف على ملك

الكلي للمستحق ، و الفرض عدم حصوله قبل القبض ، لكن في القواعد و التذكرة انه لواحاله بالثمن فقبضه البايع من المحال عليه في المجلس فالاقوى الصحة ، ونحوه ما في الدروس من انه لواحال بالثمن فقبضه البايع قبل التفرق صح و الا فلا على الا قرب فيهما ، وزاد او احال البايع على المشتري اشترط قبض المحتال في المجلس على الاصح ، قال : ووجه الجواز ان الاحالة كالقبض ثم قال : ولوصالح البايع عن الثمن على مال فالاقرب الصحة و اشتراط قبض مال الصلح ، بل في التذكرة احتمال الصحة في الا ول ، و ان لم يقبض البايع في المجلس و ، لعله المتجه بناء على كونها حوالة حقيقة ، اذ هي كالقبض ، و دعوى انها هنا ليست كذلك كما ترى .

وفي الدروس والمسالك انه يقع التقاص قهرا لوكان للمسلم في ذمة المسلم اليه مماثل الثمن الكلي جنسا و وصفا قال في الاخير: والا توقف على التراضي ، وفي التذكرة لوكان الثمن عبدا فأعتقه البايع قبل القبض صح ، و فيها ايضا لوكان رأس المال دراهم في الذمة فصالح عنهاعلى مال فالاقرب عندي الصحة ، الىغيرذلك مما ينافي ما ذكرنا ، وتجشم دفعه بأن عقد السلم وانكان تاثيره الملك موقوفا على القبض ، الا انه يوجب الاقباض على المشتري والقبض على البايع للامر بالوفاء بالعقد و حيث يكون الثمن عينا يتصور انفكاك وجوب الدفع عن كونها ملكا للمدفوع ، اذ لامانع من وجوب دفعها اليه ، وانلم تكن ملكاله ، اما اذاكان كليا فليس وجوب دفعه الاشغل الذمة به فيترتب عليه ما سمعت .

- يدفعه - مع انه لايتم في العتق و الصلح - انه يمكن تصورانفكاكه في الكلي ايضا ، ضرورة تصور وجوب الدفع تعبدا من غيرشغل للذمة ، بحيث لومات لم يخرج من تركته ، بل لعله كذلك بناء على ما عرفت فلا تلازم بين وجوب الدفع و بين عدم حصول الملك للكلي على المسلم الذي هومعنى شغل الذمة به ، كما ان تجشم

دفعه ـ بان المراد كونه شرطا كاشفا فيصح الصلح و العتق و الحوالة مع تعقب القبض ـ يبطله اولا انه خلاف المنساق من اطلاق الشرطية ، و ثانيا عدم تقييد ما سمعته فى التذكرة من صحة الصلح والعتق بالقبض وثالثا انه لايتم معه ما سمعته من الشهيدين من المقاصة قهرا . نعم قد يقال: ان المراد من الصحة التى هو شرطها اللزوم فالملك حينئذ يحصل بالعقد ويستقر بالقبض ، فمتى افترقا قبله بطل من حينه ، و لعله يؤمى اليه ما فى التذكرة فانه بعد ان ذكر نحو عبارة الاصحاب من انه يشترط فى السلم قبض الثمن فى المجلس ، وخص معقد اجماعه بالبطلان مع التفرق قبله .

قال : مسألة ولايشترط استمرار قبض الثمن فلو سلمه المشترى الى البايع ثم رده البايع اليه ودفعه اليه قبل التفرق جاز ، ولو رده عليه بدين كان له عليه قبل التفرق صح ، لانه ملكه بالعقد واستقر ملكه بالقبض ، وهو كالصريح فيما قلناه خصوصا مع ما سمعته سابقا من الفروع التى لاتتجه الا عليه ، فلابد حينئذ من التزام ذلك أو رفع اليد عن جميع الفروع السابقة ، والاحتياط لا ينبغى تركه ، هذا . وقد تقدم فى باب الصرف و خيار المجلس ما يغنى عن اعادة كثير من المباحث السابقة المتصورة فى المقام ، كما انه قد تقدم فى باب القبض ما يعلم منه المقدار الذى يجتزى به هنا ، والظاهر صدق تسليم المنفعة لو وقعت ثمنا مثلا بتسليم العين فى نحو العبد والدار ، اما عمل الحر فلا يكفى تسليم عينه فيه والله اعلم ،

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لو قبض بعض الثمن﴾ قبل التفرق دون بعض ﴿صح فى المقبوض﴾ لوجود المقتضى من العقد و القبض ﴿و بطل فى الباقى﴾ لحصول الافتراق قبله الذى قد عرفت الاجماع على حصول البطلان به . نعم صرح غير واحد بأن للبايع الخيار فى الفسخ اذا لم يكن بتقصيره للتبعيض الذى قد عرفت سابقا التسلط به على الخيار ، الا ان الظاهر عدم الفرق فى ذلك بين البايع و المشترى ، و لعل اقتصارهم على الاول هنا لان الغالب كون التقصير فى عدم القبض من المشترى فيسقط

خياره ، أما لوفرض عدمه مع حصول التبعيض فلا ريب في تسلطه على الخيار لذلك كما هوواضح .

وعلى كل حال فما نحن فيه ليس كعوض المتلفات ونحوها من الديون في عدم جواز امتناع الديان من قبض البعض ، ضرورة عدم الصفقة فيه ، مضافا الى تطرق الانفساخ ، بل لعل التعيب بالتبعض كاف ، ومن هنا قال في جامع المقاصد :«يجب تقييد ذلك بما اذالم يكن الدين مبيعا ، أما اذاكان مبيعاجاز للمشتري الامتناع من قبض البعض الى تسليم الجميع ، للتعيب بالتبعيض ، وليس لقائل أن يقول:ان المقتضي لعدم وجوب قبض البعض هناليس هوالتعيب بالتشقيص فقط ، بل هومع تطرق انفساخ العقد في الباقي للتفرق قبل قبضه ، لانا نقول : ان التبعيض وحده كاف في ثبوت العيب وان قارنه الامر الاخر، فيجب ان يثبت الحكم في الموضع الذي ذكرناه ، وقد اقتصر في التذكرة على التعليل به ، و ان كان قد يناقش فيه في المقام فضلا عن غيره بأن تسلم البعض لا ينافي التسلط على الخيار مع التعيب بعده بالتبعيض ، فحينئذ يجب عليه تسليم المدفوع وهو على خياره اوتبعض بعد ذلك ، فتأمل جيدا .

ولو أسلم مأة في حنطة ومثلها في شعير في عقد واحد ، ثم دفعهما قبل التفرق ووجد بعضها زيوفا من غير الجنس وزع بالنسبة ، وبطل من كل جنس بنسبة حصة من الزيوف كما في القواعد و غيرها ، لعدم الاولويه ، و لو كان الثمن كليا فدفع المعيب من غير الجنس أبدله اذالم يتفرق المجلس والابطل العقد ، و قد تقدم في الصرف تمام البحث في نحو ذلك ، بل تقدم هناك ما يعلم منه حكم ما لوكان العيب من الجنس في المعين و غيره قبل التفرق وبعده ، وجواز أخذ الارش بعده و عدمه فلاحظ وتامل .

﴿ ولوشرط ﴾ المسلم اليه ﴿ أن يكون الثمن من دين عليه ﴾ بمعنى أنه يسلمه ماله في ذمته في كذا حنطة مثلا﴿قيل﴾ و القائل الاكثر في المسالك والاشهر

فى الرياض ، و المشهور فى الحدائق ﴿ يبطل لانه بيع دين بمثله ﴾ فيشمله خبر طلحة بن زيد (١) عن الصادق عليه السلام « قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لا يباع الدين بالدين» مضافا الى الصحيح (٢) على ما فى بعض الكتب «عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر أو غنم أو غير ذلك فاتى الطالب المطلوب يبتاع منه شيئا ؟ فقال : لا يبعه نسيئا ، وأما نقدا فليبعه بماشاء» بناء على أن المراد شراء الطالب منه شيئا بما له فى ذمته ، فليس النسيء حينئذ هنا الا السلم ، ولكن الموجود فى نسخ التهذيب المعتبرة « فأتى المطلوب الطالب» و استدل به فى الرياض على المطلوب على هذا التقدير، و لعله حمله على أن المراد اتيان المطلوب الطالب ليشترى الطالب منه بماله فى ذمته ، فيتحد حينئذ مع الا ول ، و لكنه خلاف الظاهر . أوأن المراد الاستدلال بفحواه ، بناء على ظهوره فى عكس المسألة وهو مبنى على ثبوت الحكم فى الاصل وهو ممنوع .

وعلى كل حال فقد يناقش فى ذلك كله بمنع تناول النهى عن بيع الدين بمثله لما صار دينا فى العقد ، بل المراد منه ماكان دينا قبله ، والمسلم فيه من الاول ، لا الثانى الذى هو كبيع ماله فى ذمة زيد بمال آخر فى ذمة عمرو و نحوه مما كان دينا قبل العقد ، واطلاق البيع بالدين عرفا على النسيئة محمول على ضرب من التجوز و بمعارضة الصحيح على تقدير دلالته بخبر اسماعيل بن عمر(٣) «قال انه كان له على رجل دراهم فعرض عليه الرجل أن يبيعه بها طعاما الى أجل مسمى ، فأمر اسماعيل

---

(١) الوسائل الباب -٨- من ابواب السلف الحديث - ٢

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من ابواب احكام العقود الحديث -٨ وفيه أتى المطلوب الطالب كما نقله المصنف عن نسخ التهذيب المعتبرة

(٣) الوسائل الباب - ٨- من ابواب السلف الحديث- ١

من يسأله عن ذاك فقال : لابأس بذلك ، قال : ثم عاد اليه اسماعيل فسأله عن ذلك و قال اني كنت أمرت فلانا فسألك عنها فقلت : لابأس ، فقال : ما يقول فيهامن عندكم ، قلت : يقولون فاسد ، قال : لا يفعله فاني أوهمت » الذى لايقدح ما فى ذيله بعد معلومية كون ذلك منه تقية ، بل منه ينقدح الوجه فى حمل الصحيح المزبور على ذلك ، مضافا الى المروى عن قرب الاسناد (١) عن على بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلام «قال : سألته عن السلم فى الدين قال : اذا قال اشتريت منك كذا وكذا بكذا و كذا فلابأس» بناء على أن المراد بكذا وكذا مماله فى ذمته ، لاأن المراد كلى ثم يحاسبه بعد ذلك على مافى ذمته .

﴿و﴾ من هنا ﴿قيل﴾ انه يصح ولكن ﴿يكره﴾ خروجا عن شبهة الخلاف والنهى فى الصحيح المزبور ﴿وهو أشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده عند المصنف و تلميذه الابى والفاضل فى التحرير والمقداد والقطيفى على ما حكى عن بعضهم ، و لايحتاج الى قبض ، لان ما فى الذمة مقبوض لمن عليه ، ولكن مع ذلك لاريب أن الاول أحوط خصوصاً بعد ما قيل من صدق بيع الدين على المؤجل ولو بالعقد ، ولذا منع بيع الكالى بالكالى ، اذ ليس فى نصوصنا هذا اللفظ ، انما الموجود فيهاما عرفت من بيع الدين بالدين ، وقد ادعى غير واحد منهم ثانى الشهيدين فى المقام الوضوح فى صدق بيع الدين على المسلم فيه وان كان قد صار دينا بالعقد . واما الثمن فالفرض أنه كان دينا سابقا ، وحلوله لاينافى صدق اسم الدين عليه .

نعم قد يمنع صدقه على الثمن الكلى الحال المقطوع بجواز اسلافه ، و أنه ليس من بيع الدين بالدين ، ومن هنا قالوا فى المقام أنه اذا أراد التخلص من شبهة بيع الدين اسلمه كليا فى ذمته ، ثم حاسبه به بماله فى ذمته بعد العقد ، فيكون

---

(١) الوسائل الباب ــ ٨ ـ من ابواب السلف ـ الحديث ـ ٣

حينئذ استيفاء لاثمن سلم ، بل فى الدروس والمسالك وغيرهما أنه يحتاج الى المحاسبة اذا اختلفا فى الجنس أو الوصف ، والا وقع التقاص قهرا ، وان كان قد يشكل بأنه يلزم منه كون مورد العقد دينا بدين ، وبانه معاوضة على ثمن السلم قبل قبضه، فتكون فاسدة ، ويدفع بأن الثمن امر كلى ، وتعينه فى شخصى لا يقتضى كونه الثمن الذى جرى عليه العقد ، ومثل هذا التقاص والتحاسب استيفاء لامعاوضة .

نعم يشكل أصل اشتغال الذمة بالكلى بمجرد عقد السلم الذى قد عرفت كون القبض شرطا فى صحته ، وقد تقدم البحث فيه سابقا ، فتأمل جيدا ، فان ذلك كله محل النظر، لاحتمال اعتبار سبق الدينية فى صدق بيع الدين بالدين ، وصدقه على السلم انما هو بعد تمامه لاقبله ، والمنع من بيع الكالى بالكالى وان لم يكن موجودا فى طرقنا ، وانما هو من طرق العامة (۲)-ولكن قد عمل به الاصحاب ، و قد ذكروا فى تفسيره ما يشمل ماكان منه بالعقد فيختص به حينئذ ، أما غيره مما لم يكن سابق الدينية و لاهو من بيع الكالى بالكالى فباق على مقتضى العمومات ، و منه المسألة وعكسها ، ولكن الانصاف عدم خلو المسألة عن البحث ، و لعلك تسمع فيما يأتى فى مسألة بيع الدين التحقيق انشاءالله تعالى ، والله أعلم .

ولو شرط تأجيل الثمن بطل ، بلاخلاف اجده لالان التقابض شرط ، اذ يمكن فرضه فيما لا ينافيه لقصر الاجل و نحوه ، بل لانه من بيع الدين بالدين كما ستعرف تحقيقه فى محله ، بل والكالى بالكالى ، وهو مؤيد لما قلناه سابقا من صدقه على ذلك وان كان دينا فى العقد، والحاصل ان الحالين أو أحدهما بالعقد لاسابقا لا يصدق عليه بيع الدين بالدين ، بخلاف المؤجلين ، فانه يصدق عليه ولو بالعقد كالحالين قبل العقد أو أحدهما حال قبله، والاخر مؤجل كذلك، فتأمل جيدا.

(۲) الجامع الصغير ج۲ ص۱۹۲ طبع عبد الحميد احمد حنفى

ولوشرط التأجيل فى بعض الثمن بطل فيه قطعا ، و فى القواعد و التذكرة والدروس وغيرها بطل فى الجميع ، لجهالة ما يوازى المقبوض ، ولعله لان الاجل ليس له قيمة معلومة ، و ليس هذا كبطلان البعض فى مثمن النسيئة فى بعض الثمن، ضرورة اقتضائه التوزيع فى الحال والمؤجل ، فلاجهالة . نعم قد يقال ان اهل العرف كما أنهم علموا التفاوت فيما بين الحال و المؤجل كذلك يعلمون مقداره ، فاذا بان عندهم أن الحال يقابل الثلثين ، والمؤجل ثلثا بطل فى الثلث وصح فى الثلثين وهكذا، و من هنا احتمل فى الدروس الصحة فى المقام و التقسيط فيما بعد ، كبيع سلعتين فيستحق احديهما فتامل جيدا ،فانه يمكن ان يكون البطلان فى الجميع باعتبار ان الشرط فى السلم استحقاق القبض فى جميع الثمن فى المجلس من حين العقد مع فعلية القبض ، والاول لا تبعيض فيه بخلاف الثانى ،فيبطل حينئذ ،ولو فى البعض لفوات الشرط الاول و الله العالم .

﴿الشرط الرابع﴾ من الشرائط ﴿ تقدير المسلم﴾ فيه ﴿بالكيل أو الوزن العامين ﴾

فى المقابلة بلا خلاف اجده اذا كان من المكيل و الموزون ، بل ولا اشكال ضرورة توقف المعلومية فيهما عليهما فى المشاهد ، فضلا عن الغائب ﴿ و ﴾ حينئذ ف ﴿ لو عولا على صخرة مجهولة ﴾ عند العامة ﴿ أو مكيال مجهول﴾ كذلك ﴿لم يصح ولو كان﴾ كل منهما ﴿ معينا ﴾ عندهما لعدم ارتفاع الجهالة شرعا بل وعرفا بذلك ، ولانه قد تهلك الصخرة والمكيال فيتعذر معرفة المسلم فيه ، ولو عينا مكيالا معينا اوصبخة كذلك من العامين ففى القواعد والتذكرة لغى الشرط لعدم الفائدة وصح العقد وفيه انه يمكن فرضه مفيدا .

نعم قد يقال ان المانع ما تسمعه من عدم الطمانينة ببقائهما الى وقت الاداء فيحصل النزاع والغرر، لكن ستعرف المناقشة فيه، ثم ان المستفاد من النص والفتوى ارادة الكيل

فى المكيلات ،والوزن فى الموزونات خصوصا ماعبر فيها بأو، لأن المراد الجمع بينهما بل ربما ادى الجمع بينهما كان تقول مثلا مأة صاع و زنها كذا أو بالعكس فى بعض الموضوعات الى عزة الوجود ،فيبطل كما هو واضح، وفى قيام كل منهما مقام الاخر وعدمه أو الوزن خاصة البحث السابق ، هذا كله فى المكيل والموزون عادة .

أما اذا لم يكن من المكيل أو الموزون فى المشاهدة بل كان يباع جزافا فقد صرح غير واحد بوجوب تقديره فى السلم بهما ، لعدم المشاهدة الرافعة للغرر فيه وهو جيد ، لكن قد يناقش فى اعتبار الكيل والوزن العامين فيه ، ضرورة كون المدار فيه على ما يقوم مقام المشاهدة فى رفع الغرر فيه ، و هو حاصل بهما و بغيرهما مما يتفقان عليه مما لا يتعارف المعاملة بهما ، و اعتبار الكيل و الوزن فى المسلم فيه فى النصوص مبنى على الغالب مما يعتبر فيه ذلك ، اوما لا ينضبط الا بهما ، اذ احتمال اعتبار ذلك فى السلم تعبدا وان ارتفع الغرر بغيرهما بعيد ، و ان اقتضاه ظاهر اطلاق بعض الفتاوى ، ودعوى ان التقدير بغير العامين لا يؤمن معه تلفهما فيتعذر معرفة المسلم فيه ويحصل النزاع ، بل بذلك يتحقق الغرر والخطر ـ يدفعها منع صلاحية مثل ذلك مانعا من الصحة ، مع أنه يمكن فرضه فيما يقطع فيه بعدم التلف . لقصر الاجل ونحوه ، أو لضبطه فى صنف يؤمن معه ذلك ، كما هو واضح ، والله اعلم .

﴿و﴾ كذا الكلام فى الذراع ف ﴿ يجوز الاسلاف فى الثوب اذرعا﴾ متعارفة اوليست متعارفة ، اذا كان المسلم فيه تكفى فيه المشاهدة لو كان موجودا، وانما المراد بالذرع ضبطه بحيث يقوم مقام المشاهدة ، وحينئذ فلا يختص المعتاد بل يجوز الاسلاف بالاشبار ونحوها مما يضبط بها ويقوم مقام المشاهدة ، ﴿وكذا﴾ الكلام فى ﴿ كل مذروع ﴾ بل قد سمعت من الشيخ فى الجلود ما يمكن السلم معه من دون ذلك كله اذا كان المسلم فيه من جملة مشاهدة ، و ان كان لم يحك عنه اعتباره فى المقام

فلاحظ وتأمل .

﴿وهل يجوز الاسلاف في المعدود عددا الوجه﴾ عند المصنف و الشيخ في المبسوط و ابني زهرة و ادريس والفاضل في التذكرة أنه ﴿لا﴾ يجوز ، لعدم ارتفاع الغرربه لكثرة اختلاف المعدود في الكبر والصغر وغيرهما ، والاكتفاء به في المشاهدة لارتفاع الغرر بها ، لابه ، وعليه بني المنع في محكي الخلاف في الجوز و البيض الاوزنا ، خلافا لابي حنيفة ، قال : وأما البطيخ فلا يجوز اجماعا ، و عن المبسوط بعد نفي الجواز في المعدود عددا قال : كلما أنبتته الارض لايجوز السلم فيه الاوزنا ، ثم نص على المنع في اللوز والفستق والبندق .

قلت : التحقيق الجواز فيما لا يكثر فيه التفاوت بل كان التفاوت فيه يتسامح فيه بالعادة ، وفاقا للفاضل في جملة من كتبه و الشهيدين وغيرهما ، لعدم الغرر فتشمله الاطلاقات ، بل الوجه الجواز أيضاً فيما يكثر فيه التفاوت اذا امكن ضبط صنف منه بالوصف الذي لايؤدي الى عزة الوجود لذلك أيضا ، ومن هنا قال : في المسالك هنا « الضابط للصحة الانضباط الرافع لاختلاف المثمن ، ولعل فيه ايماء الى ما ذكرناه سابقا ، ودعوى ـ أن المعدود جميعه متفاوت تفاوتا لايتسامح فيه ، ولا يمكن ضبط صنف منه بالوصف الرافع للجهالة ، ولايؤدي الى عزة الوجود . فليس الا الكيل والوزن العامان الذي لاعبرة بالعدد معهما ـ واضحة المنع من وجوه .

﴿و﴾ على كل حال ف ﴿ لايجوز الاسلاف في القصب أطنانا و لا في الحطب حزماً ، ولا في المجزور جزاً ولا في الماء قرباً ﴾ للاختلاف الذي لا يرفعه العد كما أومئ اليه الصحيح السابق في الا خير ، و منه يعلم وجه الصحة اذا فرض امكان الضبط على وجه يرتفع به الاختلاف المزبور ، ويقوم مقام المشاهدة في ذلك ، من غير فرق بين الكيل و الوزن العامين وغيرهما . نعم قد يتوقف كما سمعت في خصوص ما لوكان الضابط شيئا معينا لا يؤمن بقاؤه الى حين الوفاء ، فيؤدي الى التنازع ،

والى الغرر الذى هو بمعنى الخطر، أما اذاكان الضابط مما يؤمن عليه ذلك لكثرة صنفه اوغير ذلك اتجه الجواز : لا طلاق الادلة ، فتأمل جيدا . ثم انه من المعلوم جواز ضبط ذلك كله بالوزن بل و بالكيل فيما يمكن أن يكال منه على وجه لا يتجافى فى المكيال كما هو واضح . والله اعلم .

﴿وكذا لابد أن يكون رأس المال مقداراً بالكيل العام أو الوزن﴾ كذلك اذا كان مما يعتبر فيه ذلك ، ﴿ولا يجوز الاقتصار﴾ فى ذلك ﴿على مشاهدته﴾ للغرر المنفى (١) فى البيع الشامل للسلم وغيره ، ﴿و﴾ حينئذ ف ﴿ لا يكفى دفعه مجهولا كقبضة من دراهم وقبة من طعام﴾ و نحو ذلك . خلافا للمرتضى فجوزه مكتفيا بالمشاهدة ، ولا دليل يعتد به له، بل ظاهر الادلة خلافه ، خصوصا ما اعتبر المعلومية فى الثمن من النصوص التى لا تحصل قطعا فى نحو ذلك الا بهما . نعم يتجه الاكتفاء بالمشاهدة فيما لا يعتبر فى بيعه غيرها ، ضرورة عدم الفرق بين ثمن السلم وغيره فى ذلك ، فاطلاق المصنف حينئذ غير جيد ان لم ينزل عليه ، كما هو واضح.

﴿الشرط الخامس تعيين الاجل﴾ .

اى الاجل المتعين ، ضرورة عدم اختصاص السلم بكون الاجل متعينا ﴿ ف﴾ انه ﴿ او ذكراً جلا مجهولا ﴾ فيه اوغيره من العقود التى يشترط فيها المعلومية ﴿ كأن يقول متى أردت أوأجلا يحتمل الزيادة و النقصان كقدوم الحاج ﴾ اونحو ذلك مما يؤدى الى الجهالة كالدياس و الحصاد ﴿كان باطلا﴾ بلا خلاف أحد بيننا بل عن نهج الحق و الغنية الاجماع عليه ، و هو الحجة بعد ما دل على نفى الغرر و النبوى (٢) فى المقام كالنصوص المستفيضة (٣) التى لا يقدح فيها أخصية مواردها

(١) الوسائل الباب ـ ۴۰ـ من ابواب آداب التجارة الحديث ـ ٣ الدعائم ج٢ ص١٩

(٢) الجامع الصغير ج٢ ص١۶۴ طبع عبدالحميد احمد حنفى

(٣) الوسائل الباب ـ ٣ـ من ابواب السلف

لعدم القـائل بالفرق فلا بد حينئذ ان يكون المراد اشتراط أصل الا جل اويكون هوممن لايشترط فيه ، وحينئذ فالسلم عنده اعم من المؤجل والحال ، كما عساه يؤمی اليه قوله .

﴿واواشتراه﴾ سلما﴿حالا﴾ فانه﴿ قيل يبطل﴾ لعدم الشرط المستفاد من اجماع الغنية والمحكی عن الشيخ و ظاهر التذكرة ، والمحكی عن مجمع البرهان والكفاية ،والنسبة الی الامامية فيما عن نهج الحق والنبو . (۱) » من اسلف فليسلف فی كيل معلوم الی أجل معلوم»وخبر سماعة (۲) «سألت عن السلم ،و هوالسلف فی الحرير و المتاع الذی يصنع فی البلد الذی انت فيه قال : نعم اذا كان الی اجل معلوم» وغيره بل قد اشتملت اكثر النصوص علی ذكر الاجل وان لم يكن فی سياق اشتراطه الا انه لاينكر ظهورها فی ان المعروف من السلم المؤجل ،بل لاينكر انسياق التأخير فيه منه ، خصوصا بعد ملاحظة أن مشروعيته للارفاق بالمحتاجين ، فيكون حقيقة فی المؤجل مجازاً فی غيره ،كما صرح به فی التذكرة .

﴿ وقيل يصح ﴾ سلما للاصل،بعدمنع اعتبارالاجل فی مفهومه ،كما يومی اليه جعله شرطا عندمن اعتبره فيه ، والانسياق المزبور انما هو للغلبة لا لمجازية غيره ،والا لم يتم فی الذی أجله يوم أو نصف يوم ونحوهمامماهو سلم حقيقة قطعا، اذ التحقيق عندنا عدم اعتبار كون الاجل له وقع فی الثمن ، للاصل والاطلاق وغيرهما،خلافا لاحمد والاوزاعی وأبی علی فاعتبروه واقله ثلاثة ولادليل عليه كما انه لادليل علی تحديده فی الكثرة ،فمنع من الثلاث سنين للنهی (۳)عن بيعه سنين : المحمول علی الكراهة عندنا ، وعلی كل حال

---

(۱) الجامع الصغير ج۲ ص۱۶۴ طبع عبدالحميد احمد حنفی
(۲) الوسائل الباب -۳- من ابواب السلف -الحديث -۴
(۳) الجامع الصغير ج۲ ص۱۹۲ طبع عبدالحميد احمد حنفی

فالمؤجل قليلا ليس بمنسان قطعا ، ومنه يعلم ما فى الا ستناد الى الارفاق الذى هو الحكمة فى مشروعيته ، بل لعل المراد من النبوى وماشابهه ارادة بيان اعتبار المعلومية فى الاجل ، لااعتبار اصل الاجل ، وكان اطلاقه مبنى على غلبة الاجل فى السلف ، بل قلما يقع سلم بدونه ، بل ان أرادوا الحال أوقعوه بيعا لا سلما ، كل ذلك مع استبعاد اعتبار الا جل الذى مع اشتماله على الغرر ، يمكن التوافق على اسقاطه فى صحته .

بل هو اذا جازفى المؤجـل ففى الحـال أولى ، كما أومىء اليه صحيح ابن الحجاج (١) «سالت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشترى الطعام من الرجل ليس عنده فيشترى منه حالا ؟ قال : ليس به بأس ، قلت : انهم يفسدونه عندنا قال : فأى شىء يقولون فى السلم ؟ قلت : لايرون فيه بأسا يقولون : هذا الى أجل ، فاذا كان الى غير أجل وليس هو عند صاحبه فلا يصلح . فقال : اذا لم يكن أجل كان احق به ، ثم قال : لا بأس أن يشترى الرجل الطعام و ليس هو عند صاحبه الى أجل او حـالا لايسمى له اجلا ، الا ان يكون بيعا لايوجد ، مثل العنب والبطيخ فى غير زمانه ، فلا ينبغى شراء ذلك حالا » و نحوه آخر(٢) بل ربما كان اظهر منه .

ولعله اليه اشار المصنف بقوله : ﴿ وهو المروى لكن بشرط أن يكون عام الوجود فى وقت العقد ﴾ و ان كان قد يناقش فى ارادة جواز ذلك سلما منه الذى يمنعه ابو حنيفة ومالك والاوزاعى ، ويتوهم ارادتهم من لفظ الناس فى كلام الراوى بامكان ارادة مطلق الشراء حالا ، بل هو الظاهر ، ويكون المنع فيه لانه ليس عنده فيندرج فيما دل على المنع عنه (٣) بل كان الخبر صريح فى ذلك ، بل ربما كان فى

(١) الوسائل الباب ــ٧ ـ من ابواب احكام العقود ـ الحديث ١ـ٣

(٢) الوسائل الباب ــ٧ـ من ابواب احكام العقود الحديث ١ ـ٣

(٣) الوسائل الباب ـ ٧ ـ من ابواب احكام العقود الحديث ـ٢ و٥

كلام السائل ايماء الى اعتبار الاجل فى السلم ، اللهم الا ان يرجع قوله ﷺ « اذا لم يكن اجل الى آخره» الى السلم ، كماانه يمكن دعوى ظهور ذيله فى التسوية بين الحال و المؤجل فى كيفية البيع ، مضافا الى اطلاق جملة من المعتبرة النافية للبأس عن السلم مع الضبط بالمقدار من دون تعرض للاجل ، ولا ينافيها ذكرها فى غيرها بعد ان كان المراد من بيانه الفرد المتعارف من السلف ، خصوصا مثل النبوى الوارد (١) بلفظ الا ستسلاف الذى هو حقيقة فى المؤجل مثمنه ، لابيع السلم الذى هوعند الفقهاء الذى يقع من البايع مثلا بلفظ بعت ونحوه ، فتأمل .

و على كل حال فظاهر المصنف الميل اليه كالفاضل فى القواعد حيث انه فى بحث اشتراط الاجل قال : « والا قرب عدم اشتراط الاجل فيصح السلم فى الحال ، لكن يصرح بالحلول» فى التحرير« و لا يشترط فى المسلم فيه كونه مؤجلا و يصح السلم فى الحال لكن ليصرح بالحلول ، فان اطلق فالوجه البطلان ، سواء ذكر الاجل قبل التفرق اولا، وكذا الشهيد فى اللمعة قال : «والاقرب جوازه حالا مع عموم الوجود عند العقد» و اصرح منه ما فى الدروس « الشرط الثالث ان يكون المسلم فيه دينا لانه موضوع لفظ السلم لغة وشرعا ، فلو اسلم فى عين كانت بيعا ، ولو باع موصوفا كان سلما نظرا الى المعنى فى الموضعين ، و ليس المانع من السلف فى العين اشتراط الاجل الذى لايحتمله العين ، لان الاصح انه لايشترط الاجل .

نعم يشترط التصريح بالحلول وعموم الوجود عند العقد ، ولو قصد الحلول و لم يتلفظ به صح ايضا ، ولو قصد الاجل اشترط ذكره ، فيبطل العقد بدونه ، ولو اطلقا العقد حمل على الحلول » و من الغريب بعد ذلك كله ما فى جامع المقاصد حيث فسر عبارة القواعد السابقة ، بارادة وقوع البيع بلفظ السلم ، قال : وجه القرب دلالته

---

(١) الجامع الصغير ج٢ ص١٦٤ طبع عبدالحميد احمد حنفى

على المراد من البيع ، لانه يؤدى معنى ايجابه كما سبق ، لان السلم بيع لانه من جملة افراده ، فلا يكون استعمال لفظه فى بيع آخر استعمالا اجنبيا الا انه يجب ان يصرح بالحلول ، لان جزء مفهوم السلم التأجيل فلابد من صارف يصرفه عن مقتضاه، و ذلك هو التصريح بالحلول .

و تبعه على ذلك ثانى الشهيدين فى تفسير عبارة اللمعة ، الا انه اعترف بعد ذلك بأن الظاهر منها و فى الدروس وكثير ان الخلاف مع قصد السلم وان المختار جوازه مؤجلا و حالا مع التصريح بالحلول ، ولو قصداً بل مع الا طلاق ايضاً ، و يحمل على الحلول وكان الذى اوهمهما ذلك حتى انهما فسرا العبارة بما يرجع الى النزاع فى الصيغة المذكورة سابقا ما فى المختلف ، فانه اجاب عما ذكره حجة للشيخ وابنى ابى عقيل وادريس على اشتراط الاجل فى السلم ، من النبوى السابق وغيره ، بانا نقول بموجبها ، فانا نسلم وجوب ذكر الاجل مع قصد السلم ، وليس محل النزاع بل البحث فيما لو تبايعا حالا بحال بلفظ السلم ، ضرورة ظهوره فى ان ذلك ليس محلا للنزاع ، بل انما هو فيما يرجع الى الصيغة .

لكنك خبير بما فيه بل المحكى عن الشيخ و ابنى ابى عقيل وادريس صريح فى ان المراد اشتراط الا جل ، و انه يبطل كونه سلما ، كما ان العبارات السابقة صريحة فى خلافه ، و ان نظرهم فى تلك العبارات اليه ، فلا داعى الى تأويل الجميع بما هو مقطوع بفساده عند التأمل ، خصوصا بعد ما عرفت من قوة القول بعدم اشتراط الا جل فيه ، و أنه يصح سلما فيعتبر فيه حينئذ القبض فى المجلس و غيره مما يعتبر فيه . و المراد بالتصريح بالحلول ما يشمل اتفاقهما عليه ضرورة عدم مدخلية اللفظ فى ذلك .

بل قد عرفت ما فى الدروس و الروضة من الصحة مع الاطلاق المحمول على

قصد الحلول ، و ان كان قد يناقش فيه بالفرق بين السلم و غيره في ذلك باعتبار غلبة تعارف استعماله في المؤجل ، فيشكل تنزيل اطلاق عقده عليه مع فرض خلوهما عن قصد الحلول ، اللهم الا ان يراد به و قوع الاطلاق المعلوم فيه عدم ارادة التأجيل ولا الحلول فان التنزيل حينئذ على الحلول شرعي باعتبار تسبيب العقد الملك حال وقوعه فيستحق عليه حينئذ المطالبة والأداء ، لاعرفي فلامدخلية لغلبة الاستعمال و عدمها فيه ، فتأمل جيدا ، واما اعتبار عموم الوجود فيه فمرجعه الى .

﴿الشرط السادس﴾ وهو﴿ ان يكون وجوده ﴾ اى المسلم فيه ﴿ غالباً ﴾ بحسب العادة﴿وقت الحلول ، ولوكان معدوماً وقت العقد﴾ لصدق القدرة على التسليم بذلك ، اذا العاديات بمنزلة الموجودات ، فلاتقدح المعدومية وقت العقد ، وان كان مقتضى الاستصحاب بقاؤها ، بل الظاهر أن ذلك ليس من ملك المعدوم في شيء ، ضرورة أن الحاصل بالعقد أنه يملك عليه ذلك ، فهو أشبه شيء بالخطاب التعليقي الذى لاقبح فيه ، ومنه يظهر الفرق بين ملك المعدوم ، والمضمون في الذمة ، كما أنه لافرق بين السلم وغيره في جواز المعاوضة على المعدوم في وقت العقد الموجود في غيره ، اذا كان مورده الذمة ، فلا بأس بوقوع ذلك ثمنا لمبيع ونحوه ، بل الظاهر أن مرجع هذا الشرط الى القدرة على التسليم الذى لافرق فيها بين السلم وغيره ، ولذا عبر عنه في الدروس به ، فقال : السادس القدرة على التسليم عند الاجل فلايضر العجز حال العقد ولافيما بينهما ، ونحوه عن الكفاية ، وفي التذكرة « البحث الرابع امكان وجود المسلم فيه ، مسألة يشترط كون المسلم فيه مسألة يشترط كون المسلم فيه موجودا وقت الاجل ليصح امكان التسليم فيه ، وهذا الشرط ليس من خواص السلم بل هو شرط في كل مبيع » وليس مراده من الامكان الذى عبر به هنا وفي القواعد مجرد الاحتمال قطعا ، بل المراد امكان وجوده عادة ، فان الممكن وجوده عادة هو الذى لايعز وجوده

و من هنا فرع عليه « انه لو أسلم فى منقطع عند الحل كالرطب فى الشتاء لم يصح ، و كذا لو أسلم فيما يندر وجوده ، ويقل وقت الاجل حصوله ، كالرطب اول وقته ، لتعذر حصول الشرط ، ولو غلب على الظن وجوده وقت الاجل ، لكن لايحصل الا بمشقة عظيمة كالقدر الكثير من الرطب فى الباكورة ، فالاقرب الجواز ، لامكان التحصيل عند الاجل ، و قد التزمه المسلم اليه، خلافاً لاكثر الشافعية» الى آخره وظاهر الجميع ما قلناه .

و فى مفتاح الكرامة « ان الخلاف و السرائر والمبسوط و التذكرة فى موضع منها والتحرير ونهج الحق عبروا عنه بكونه مأمون الانقطاع ، وزيد فيما عدا الاولين كونه عام الوجود ، و فى الخلاف الاجماع على ذلك ، وفى التحرير نفى الخلاف عن الاولين ، وفى نهج الحق ان ذلك مذهب الامامية».

وفيه ان ماحضرنى من هذه الكتب لم يعبروا بذلك فى بيان الشرطية لاصل السلم بل ذكروا ذلك فى السلف فى خصوص المعدوم ، للرد على ابى حنيفة ، وستسمع عبارة التحرير ونهج الحق و السرائر وغيرها ، وفى التذكرة بعد ان ذكر الشرط بالعبارة التى سمعتها قال : «مسألة يجوز السلم فى كل معدوم ان كان ممايوجد غالبا فى محله، ويكون مأمون الانقطاع فى أجله»، ثم ذكر خلاف ابى حنيفة وضعفه . نعم فى الوسيلة «انما يصح السلف اذا اشتمل على تسعة شروط، وصف المبيع، وبيان النوع، والمقدار بالشىء المعلوم ، وبيان الاجل ، وان يأمن انقطاعه المسلف فيه عند محله، وعام الوجود، وتعيين موضع التسليم ان كان لنقله اجرة، ومشاهدة رأس المال أووصفه ، و تبيين مقداره وقبضه قبل التفرق» ويمكن ان يريد بعام الوجود سنته .

وكيف كان فالمراد على تقدير التعبير عنه بذلك ماذكرناه ايضا ، ضرورة كون المأمون انقطاعه الذى يعتاد وجوده، بل كان من اردفه بعموم الوجود اراد تفسيره بذلك، فيرجع الجميع الى معنى واحد، ولذا قال: فى التحرير «يجب كون المسلم فيه عام الوجود عند الحلول

بلاخلاف» وكان الغرض من التعرض الى هذا الشرط الذى لايختص بالسلم الرد على الثورى والاوزاعى وابى حنيفة الذين لم يجوزوا السلم فى المعدوم، وانه يجب ان يكون جنسه موجودا حال العقد الى حال المحل، محتجين بان كل زمان من ذلك يجوز أن يكون محلا للمسلم فيه ، بان يموت المسلم اليه فيعتبر وجوده فيه كالمحل ،وهو واضح البطلان، بل قول الاصحاب وان كان معدوما وقت العقد كالصريح فى التعريض به ، ومن هنا قال فى كشف الحق.«ذهبت الامامية الى جواز السلف فى المعدوم اذا كان عام الوجود وقت الحلول. و قال ابوحنيفة : لايجوز الاان يكون جنسه موجودا فى حال العقد و الحلول وما بينهما» الى آخره وهو كالصريح فى ان المراد ما ذكرنا .

وفى السرائر لم يذكر ذلك فى شرائط السلم ، وانما قال بعد الفراغ من جملة من احكامه : «ويجوز السلف فى المعدوم اذا كان مأمون الانقطاع » وقال فى المقنعة باب البيع المضمون :« و من ابتاع شيئا معروفا بالصفات كان ذلك ماضيا وان لم يكن الشىء حاضرا وقت الابتياع ، فاذا ابتاعه على ما ذكرناه كان فى ضمان البايع حتى يسلمه الى المبتاع، (الى أن قال)ولا يصح بيعه مشترطا من اصله ، ولابأس ببيعه مطلقا بغير اشتراط والمشترط من اصله بيع الحنطة من أرض مخصوصة،والثمرة من شجرة بعينها ،والسخولة من غنم على حيالها و الزيت من الزيتون الفلانى ، و الدهن من السمسم المعين ، والثوب من غزل امرأة مسماة ،لان ذلك ربما خالف الصفة ،بل هو غير مضمون لجواز فوته، ولاباس ببيع ذلك مطلقا من غير اضافة الى اصل مخصوص من بين الاصول ، بعد ان تميزه بالصفات » الى آخر الباب .

و ليس فى شىء من كلامه تعرض لعموم الوجود و كذلك الشيخ فى النهاية، بل ظاهر اطلاق كلامهما عدم ذلك ، و نصهما على المنع مع اشتراط التعيين فى الارض بعد تعليلهما ذلك بعدم ضمانه ليس مبناه ذلك قطعا كما هو واضح.وكيف كان فمن الغريب تخيل المخالفة من عبارتى القواعد والدروس لما عند الاصحاب حيث اكتفيا بالامكان

والقدرة، وهما أعم من عموم الوجود وغلبته واعتياده .

وفيه ما عرفت من ان المراد بالامكان ذلك ـ و أما القدرة فهى اوضح فى هذا المعنى منه ، ضرورة عدم احرازها فى غير العاديات التى لم يعلم حصول القدرة عليها ، للشك فى اصل وجودها المقتضى للشك فى القدرة عليها الذى هو معنى الغرر المنهى عنه، مع انه قد صرح فى الدروس بانه او اسلم فيما يعسر وجوده عند الاجل مع امكانه، كالكثير من الفواكه فى البواكير ، فان كـان وجوده نادر بطل ، وان امكن تحصيله لكن بعد مشقة فالوجه الجواز مع امكانه ، ويحتمل المنع لانه غرر.

و كيف كان فلا ريب فى اعتبار هذا الشرط بناء على ذلك انصحيح عبد الرحمن(۱) والاجمـاع بقسميه وادلة الغرر (۲) و غيرها حجة عليه أما اذا اريد منه امر زائد على ما فى البيع ، وانه لا يجوز السلم فيما يجوز نقله بغيره مما لم يكن عام الوجود وغالبه ، كما عساه يوهمه ظاهر بعض العبارات ، وبعض الفروع المذكورة ، فلا اجد دليلا عليه بل اطلاق الادلة يقضى بخلافه بل شدد النكير المقدس الاردبيلى على اشتراط هذا الشرط، وادعى ان موثقة عبد الرحمن المتقدمة سابقا دالة على خلافه ، بل وصحيح زرارة(۳) «سألت اباجعفر عليه السلام عن رجل اشترى طعام قرية بعينها فقال لا بأس ان خرج فهو له ، وان لم يخرج كان دينا عليه».

و خبر خالد بن الحجاج (٤) عن الصادق عليه السلام أيضا « فى الرجل يشترى طعام قرية بعينها و ان لم يسم له طعام قرية بعينها أعطاه حيث شاء» وكان فى الخبر سقطا الا انه لايقدح فى الاستدلال ، قلت : بل وخبر الكرخى (٥) ، عن أبى عبدالله عليه السلام

(۱) الوسائل الباب ـ ۷ ـ من ابواب احكام العقود ـ الحديث ۳

(۲) الوسائل الباب ـ ۴۰ـ من ابواب آداب التجارة ـ الحديث ـ ۳

(۳-۴-۵) الوسائل الباب ـ ۱۳ـ من ابواب السلف الحديث ـ ۱ـ۳ـ۲

«كل طعام اشتريته في بيدر أو طسوج (أي ناحية) فأبى الله عليه ، ليس للمشترى الا رأس ماله ، ومن اشترى من طعام موصوف ولم يسم فيه قرية و لا موضعا فعلى صاحبه أن يؤديه» و الجميع كما ترى منافية للشرط المزبور الذى قد عرفت خلو جملة من العبارات عنه على هذا النحو المذكور في كلام بعض المتأخرين.

و في الغنية «و أما السلم فشرائطه الزائدة التي تخصه أربعة ، ذكر الاجل المعلوم ، و ذكر موضع التسليم ، و أن يكون رأس المال مشاهدا ، و أن يقبض في مجلس العقد ، بدليل الاجماع من الطائفة ، ولانه لاخلاف في صحته مع تكامل هذه الشروط ، ولا دليل على ذلك اذا لم تتكامل» وهو كما ترى قد نفى الخلاف عن الصحة مع هذه الشروط التي ليس منها عموم الوجود فعلم ان مرجعه الى القدرة على التسليم التي لا فرق فيها بين السلم وغيره .

ومما يؤكد ذلك أنه بناء على هذا الشرط و أنه غير القدرة على التسليم ينبغي بطلان السلم فيما اتفق انحصاره في بعض الناس من غلة أو قهوة أو ابل أوغنم أوعبيد أوغير ذلك ، وان كان الموجود فعلا عنده كثيرا فليس له أن يبيع شيئا منه مضموناً حالا منه ، أو على أنه سلم أو مؤجلا بساعة مثلا ، لاشتراط عموم الوجود و الفرض انتفاؤه ، و البديهة تقضي بفساد ذلك ، كاقتضائها فساد دعوى بطلان السلم في غلة بلد بعيدة عن بلد العقد لا يعتاد النقل منها اليه ، مع أنك قد سمعت ما في الدروس من الصحة مع قصد البلد ، بل الظاهر الصحة ولو شرط التسليم في بلد العقد، وعدم عموم وجوده فيه غير قادح بعد أن كان عاماً في بلده ، فينقله حينئذ منها مقدمة للتسليم ، ولو صرح باشتراط النقل كان أوضح في الصحة .

نعم يتجه البطلان فيما لو أسلم في غلة لاتوجد الافي بلد بعيدة لايعتاد النقل منها على أن يكون المراد هذه الغلة في هذا البلد ، ضرورة عدم القدرة على التسليم ولايكفي وجودها في تلك البلاد ، و لانصراف عقد السلم عرفاً في غلة بلد العقد وما

قاربها مما يتعارف النقل منها لامثل ذلك ، ولذا لايكلف النقل من امثال ذلك في الآفة مع المشقة والبعد المفرط ، ومن ذلك كله يظهر لك ما تسمعه من الروضة ، بل كان شبه التدافع بين أول كلامه و ذيله ، الا ان يريد بالبلد التي اشترط التسليم فيها ماكانت من بلاد المسلم فيه ، فيتفق حينئذ كلاما ، بل لعله بذلك يرجع الى ما ذكرناه كغيره من كلام الاصحاب ، و ستسمع عبارة التذكرة وغيرها في آخر البحث فتأمل جيداً .

و من ذلك كله يظهرلك ان ما ذكروه سابقاً من أنه لا يجوز الا ستقصاء في الوصف المؤدى الى عزة الوجود مرجعه الى ذلك عند التأمل ، و ان عللوه بأن عقد السلف مبني على الغرر ، لانه بيع ما ليس بمرئي ، فانكان عزيز الوجود كان مع الغرر مؤدياً الى التنازع و الفسخ ، فكان منافياً للمطلوب من السلف مع أنه يمكن ارجاعه الى ماقلناه .

وفي المحكي عن الايضاح تعليله بأنه لما جل جناب الحق جل شأنه عن التكليف بما لايطاق ، و اقتضت حكمته البالغة عدم خرق العادات غالباً بمجرد ما يرد على العبد من تناقض الارادات ، أبطل السلم فيما يؤدى الى أحدهما قطعاً ، و ما تجدد ادائه تجدد بطلانه ، قال : فظهر من ذلك أن ما يعزوجوده لايصح السلم فيه ، وبقي ما لايعز ، لكن وجوده أقل في الا غلب لاستقصاء الصفات و الا قرب فيه الصحة لعدم استلزامه المحال مع امكانه في نفسه ، و جواز ثبوته في الذمة ، لوجود المقتضى وهوعقد البيع ، وانتفاء المانع وهو عزة الوجود ، ثم احتمل بطلانه .

قلت : لاريب في ضعف الا حتمال اذا كانت القلة بحيث لا تعد المعاملة معها سفهاً ، ومنه يعلم ما في القواعد من أن الاقرب جواز اشتراط مالايعزوجوده ، وان كان استقصاء كالسمن والجودة ، ان كان مراده البطلان بغيرالاقرب . ومن هناقيل أن غير الاقرب الوجوب . وانكان فيه أنه مساوللاول في الضعف ، اواضعف اذافرض

عدم توقف المعلومية عليه كما هو واضح .

وكيف كان فالظاهر ان مرجع المنع في عزة الوجود الى فقد هذا الشرط معها لا انه ، امر آخر زايد على ذلك ، لعدم الدليل الا الاجماع المحكى الظاهر في انه هو الاجماع الذي حكى على هذا الشرط ، وقد عرفت أن مرجعه الى القدرة على التسليم التي لا يطمأن بها الا في معتاد الوجود ، بل لا تخرج المعاملة عن كونها سفهية الا بنحو ذلك نعم قد اعتبر في الروضه غلبة وجوده في البلد الذي اشترط تسليمه فيه او بلد العقد حيث يطلق بناء على انصرافه اليه عند الاطلاق ، او فيما قاربهما بحيث ينقل اليهما عادة ، فلا يكفي الوجود فيما لا يعتاد نقله في غرض المعاملة ، بل ينقل هدية ونحو ذلك ، ثم ذكر أنه لو عين غلة بلد لم يكف وجوده في غيره وان اعتيد نقله اليه ، ولو انعكس بأن عين غلة غيره مع لزوم التسليم شارطا نقله اليه فالوجه الصحة ، وان كان يبطل مع الاطلاق ، والفرق ان بلد التسليم حينئذ بمنزلة شرط آخر ، والمعتبر هو بلد المسلم فيه .

وكانه اخذ ذلك مما في الدروس قال : «ولا يكفي وجوده اى المسلم فيه في بلد لا يعتاد نقله اليه الا نادراً كالهدية ، ولو عين بلدا لم يكف وجوده في غيره وان اعتيد نقله ، الى ان قال : لو شرط نقل الفاكهة من بلد بعيدة الى بلده قبل وجودها في بلده صح ، و ان كان يبطل مع الاطلاق ، ولا يجب عليه السعى فيها ، و الفرق بينه وبين البواكير أنها مقصودة عند العقد بخلاف تغاير البلدين ، و لو فرض قصد ذلك البلد صح .

و على كل حال فقد يتوهم منه امر زائد على القدرة على التسليم المشترطة في البيع، ضرورة ان المدار فيها على صدقها من غير مدخلية لبلد التسليم وغيره فيجب عليه حينئذ نقله اليه ان لم يكن فيه مقدمة لتسليمه فيه ، لان الوجود فيه مقدمة لوجوب دفعه ، لكن قد عرفت فيما مضى احتمال ارادته ما لا ينافي ما ذكرناه ، مع انه قد

یؤیده مافی التذکرة قال: «یجوز ان یسلم فی شیء ببلد لایوجد ذلك الشیء فیه ، بل ینقل الیه من بلد آخر لامکان التسلیم وقت الاجل ، وکان سائغا کغیره، ولافرق بین ان یکون بعیداً اوقریباً ،ولا ان یکون ممایعتاد نقله الیه اولا ، ولایعتبر مسافة القصر هنا،وهوقول بعض الشافعیة ، وقال بعضهم انکان قریباًصح،وانکان بعیدالم یصح،وقال: آخرون انکان ممایعتاد نقله الیه فی غرض المعاملة لافی معرض التحف والهدایا والمصادرات صح السلم والافلا،أما لوأسلم فی شیء یوجد غالبا فی ذلك البلدوقت الحلول،فاتفق انقطاعه فیه وامکن وجوده فی غیره من البلاد، فهل یجب علی البایع نقله ، الاقرب ذلك مع انتفاء المشقة وعدم البعد المفرط ، ولاعبرة بمسافة القصرولاامکان الرجوع من یومه» الاانه لایخفی منافاته لاول فروع الروضة الامع التاویل .

وفی التنقیح«لوکان یوجدفی بلدآخر لم یجب نقله ،لامع المشقةولامع عدمها اذاکان قدعین البلد ،والاوجب فتأمل جیداً ،فان المسالة من المشکلات»،وکان منشأ الوهم فیهاتلك العبارة التی وقعت للرد علی ابی حنیفة فی السلف فی المعدومات،ولکن ینبغی ان یعلم انه لوذکر بلد المسلم فیه علی وجه یکون من صفاته لم یکف وجوده فی غیره ، وکذا لوأطلق وکان الاطلاق منصرفـاً الی ذلك علی هـذا الوجه ، اما اذاکان استحقاق السلم من حیث الدینیة ، وکان قد اشترط بلداً مخصوصة ، أوکان اطلاق العقد مقتضیا ذلك ، فلا یعتبر وجوده فی ذلك البلد ، بل یکفی الاتیان بالکلی الثابت فی الذمة علی وصفه من ای بلدکان ،من غیر فرق بین بلد العقد وغیره ، ولعل هذامراد ثانی الشهیدین اذالم یکن ثم عرف أوقرینة تقتضی ارادة غلة بلدالسلم علی وجه الوصفیة، ولولجهل بحالها والله العالم .

﴿و﴾ کیف کان ف﴿ لابد ان یکون الاجل ﴾ الذی قد عرفت وجوب تعیینه وأنه لایجوز ان یکون محتملا للزیادة والنقصان ﴿ معلوما للمتعاقدین ﴾ مصداقه فلایکفی انضباطه فی نفسه وان احتمل ، الاأنه واضح الضعف ، للغرر ، وانسیاق العلم

عندهما مما اعتبر معلوميته من النص و معقد الاجماع و غيرهما ، فلا يجوز التأجيل بالنيروز بانتقال الشمس الى برج الحمل المسمى بالنيروز، أو برج الميزان المسمى بالمهرجـان ، وبفصح النصارى وهو عيد من أعيـادهم كالسعانين و الفطير اللذين هما عيدان ، من أعياد أهل الذمة ، و لا بالاشهر الفرسية كتيرماه أومرداد ماه ، و الرومية كحزيران و تموز ، أو غير ذلك ، الا أذا كان يعلمان ذلك مفهوما و مصداقاً حتى ترتفع الجهالة .

ولعل اطلاق الفاضل في التذكرة والقواعد جواز ذلك محمول على صورة علمهما، وان كان قد يوهم بعض عبارات الاول خلاف ذلك، لكن يقوى ان مراده الرد على بعض من أطلق المنع من العامة كما يؤمىء ذكره بعد ذلك اعتبار علم المتعاقدين وعدمه، وربما ظهر من بعض عباراته التوقف في ذلك ، و التحقيق ما ذكرنا . ولا يرد عليه التأجيل بالشهر الهلالى الذى لم يعلم نقيصته وتماميته، للتسامح العرفى فى ذلك وعدم عد مثله جهالة عندهم .

﴿واذا قال : الى جمادى حمل على أقربهما ، وكذا الى ربيع، وكذا الى الخميس والجمعة﴾ بلا خلاف أجده في الاخيرين ، بل ولا اشكال معتد به فيه في العرف، وكان التعريف فيهما واشباههما للعهدية، كما ان المجرد منهما من اسماء الاشهر كرمضان وشعبان كذلك ايضا فى الحمل على الاقرب ، أما ربيع وجمادى فظاهر التذكرة عدم حملهما على الاقرب ، ولعله لتخيل الاشتراك اللفظى، وفيه منع واضح ،ضرورة أنهما من المشترك المعنوى ، انمعنى الاول كل ثلاثين بين صفر وجمادى فى كل سنة والثانى كل ثلاثين بين ربيع الثانى و رجب فى كل سنة ، فهما حينئذ كخميس و جمعة لليوم المخصوص من كل اسبوع ، ومن هنا ساوى بعضهم بين الجميع فى الصحة والبطلان، وقد عرفت ان الفهم العرفى على التنزيل على الاقرب فى الجميع وان اختلفا فى مرتبة الظهور، وهو العمدة لا التعليق على الاسم الصادق بحصول الاقرب، لعدم رجوعه بعد التأمل الى محصل يعتمد عليه.

وتظهر ثمرة الحمل فيما اوماتا ولم يصرحاً بالقصد ، أوفيما اذا اختلفا بعده فيه فانه يقدم مدعي الاقرب ، بل تظهر أيضاً فيما اذا اوقعا العقد غير مستحضرين الاقرب الا انهما من اهل العرف اللذان يحملانه عليه لوسمعاه ، فانه يحكم بصحة العقد ويحمل على الاقرب ، لان عدم الاستحضار ليس جهالة. نعم لولم يعلما العرف وأوقعا العقد معتمدين على السؤال عنه بعد ذلك ، اتجه البطلان ، لما عرفت من أن المدار في رفع الغرر علمهما بذلك ، لامضبوطيته في الواقع ، كما هو واضح فتأمل جيداً والله أعلم .

﴿ ويحمل الشهر عند الاطلاق على عدة بين هلالين ﴾ مع الامكان كما اذا وقع العقد فيما يقال عليه عرفاً أنه أول ليلة الهلال بلاخلاف اجده فيه ، بل ظاهرهم انه المعنى الحقيقي للشهر ، بل هو المراد مما في التذكرة من أن الشهر الشرعي ما بين الهلالين ، اذ من المعلوم عدم الحقيقة له شرعاً ، نعم لو تعذر ارادة الهلالي للقرينة

﴿أو﴾ كان العقد في الاثناء الى شهر والفرض اتصال الاجل بالعقد حمل على ﴿ الثلاثين يوماً ﴾ لانه المنساق بعد تعذر الحقيقي ، فليس هو من المشترك لفظاً بينهما الاصالة عدمه ، ولا من المشترك معنى ، لعدم القدر المشترك بينهما بحيث يطمئن بوضعه لهما ، والاكتفاء بكل منهما في نحو من أقام ستة أشهر ، أو اذا قال السيد لعبده أقم في هذه البلاد شهراً أو غير ذلك يمكن أن يكون لظهور ارادة عموم المجاز كاليوم المنكسر في أقامة عشرة ايام ، المعلوم انه مع التلفيق ليس يوماً حقيقة ، كمعلومية بطلان عدم اعتباره او احتسابه يوماً فليس الا التلفيق ، مع دعوى كون المراد من العبارة ما يشمله ، ولو من عموم المجاز فتأمل جيداً .

نعم قد يناقش في الفرض بمنع انسياق الثلاثين منه، ضرورة صدق الشهر على ما اذا اكمله بقدر الفائت من الشهر المقبل نصفاً اوثلثاً اوغيرهما كما تسمعه فيما لوكان الاجل شهرين فصاعداً وكان العقد في اثناء الاول ، ودعوى اختصاص النزاع فيه دونه

كما هوظاهر الثانى الشهيدين وغيره ، بل لعله ظاهر المتن ايضاً الامستندلها ، كمالايخفى على من لاحظ ادلة الطرفين فى المسألة الاتية فتأمل . اللهم الاان يقال ان ظاهر الشهرين كونهما على نسق واحد ، فاذا كان أحدهما هلالياً نطقاً لامكانه وجب تلفيق الثانى كذلك ، بخلاف الشهر الواحد المنكسر .

❊(ولوقال)❊ المتعاقدان فى بيان الاجل ❊(الى شهر كذا)❊ وكان زمان فاصل بينه وبين ماجعله غاية ❊(حل بأول جزء من ليلة الهلال ، نظراً الى العرف)❊ فى خروج الغاية هنا ، وان المرادكون غاية التأخير دخول رجب مثلا اما اذا قال الى شهر وأبهم فالعرف قاض بأن المراد مضى شهر لا الشروع فى مسمى الشهر القاضى بعدم الاجل للسلم حينئذ، ضرورة تحقق ذلك بأول لحظة متصلة بالعقد ، وليس مبنى الفرق فى هذا الفهم العرفى أن الشهر المبهم اسم لمجموع المدة ، فلايتحقق الا بعد مضيها ، بخلاف رجب الذى يتحقق بأول جزء منه ، اذ فيه أن رجب ايضاً مجموع المدة .

نعم قديقال ان مبناه ماأشرنا اليه من انه لوكان المراد به مايراد به من المعين كان السلم بلااجل ، والفرض ارادة المؤجل قطعاً ، ومنه ينقدح وجه الصحة فيما لوفرض التأجيل بالمعين على نحو ذلك ،كما لوقال : الى رجب وهوفى اول رجب ، فيحمل حينئذ على ارادة مضى رجب ، وان كان قدينافش فيه اولا بانه لامانع فيه من حمله على الحلول ، بناء على وقوع السلم كذلك ، وعلى القول بعدمه يتجه البطلان كما فى المسالك بفقد شرط الصحة ، ومخالفة الظاهر لتحصيل حكم شرعى غير لازم ، لان البطلان شرعى ايضاً ، ولوقال محله فى شهر كذا اوفى يوم كذا بطل ، وفاقاً للفاضل والكركى وغيرهما ، للجهالة بعدم التعيين ، اللهم الا أن يدعى التسامح فى ذلك كالتسامح فى تمامية الشهر ونقصانه ، أويدعى الحلول بأول جزء منهما ، كما لوجعلا غاية كما هو المحكى عن مبسوط الشيخ وخلافه ، وفيه منع فهم العرف ذلك كمنع المساوات بين التسامحين خصوصاً فى الشهر، ولوقال : الى اول الشهر أوآخره ففى

القواعد احتمل البطلان، لانه يعبر به عن جميع النصف الاول والنصف الاخر، وفيه أنه مجاز، و الحقيقة اول جزء منه وآخره فالوجه الصحة كما اذا لم يذكر الاول والله أعلم.

❁ ولوقال الى شهرين ❁ مثلا ❁ وكان ❁ العقد ❁ فى أول الشهر عد شهرين أهلة ❁ لما عرفت من أنه المعنى الحقيقى وارادته ممكنة، ❁ وان ❁ كان قد ❁ أوقع العقد فى اثناء الشهر ❁ احتسب الثانى هلالياً لامكانه و ❁ أتم من الثالث بقدر الفائت من شهر العقد ❁ نصفاً اوثلثاً اونحوهما، حتى لوكان ناقصا كفى اكمال مايتم به تسعة وعشرون يوماً لان النقص جاء فى آخره، وهو من جملة الاجل، والثابت من الاول لايختلف بالزيادة والنقصان، وبذلك يكون الشهران هلاليين، وهوظاهر اللمعة وعن المبسوط انه قواه، ولعله للصدق عرفاً بذلك، ولانه أقرب الى مراعاة الحقيقة فيما بقى وفيما مضى ❁ وقيل ❁ والقائل الاكثر كما فى المسالك يعتبر ماعدا الاول هلالياً لامكانه واماهو ف ❁ يتمه ❁ من الثالث ❁ ثلاثين يوماً ❁ لانه المنساق بعد تعذر الهلالى حقيقة، ضرورة اقتضاء مراعاته اطراح المنكسر فيتأخر الاجل عن العقد، فيتعين اعتباره عددياً، ولا يقدح اتمامه من الشهر المتأخر، دون الذى يليه محافظة على ابقاء الهلالى حقيقة فيه، ولان الاكمال صادق سواء اكمل من الذى يليه أم من غيره، الاان الاكمال ممايليه مقتض لاختلال الهلالى فى الآخر مع امكانه، فيتعين الثانى ولا محذور فيه، بعد أن كان جميع الاجل بحكم واحد، فلم يكن المتخلل لشيء آخر فتأمل.

ولذلك وغيره قال المصنف: ❁ وهو أشبه ❁ وفاقا للفاضلين والشهيدين والمحكى عن المبسوط وغيره، لكن زاد فى الاستدلال فى المسالك بأن الاجل اذا كان ثلاثة اشهر مثلا فبعد مضى شهرين هلاليين وثلاثين يوماً ملفقة من الاول والرابع يصدق انه قد مضى ثلاثة اشهر عرفاً، فيحل الاجل والاكان ازيد من المشترط وبأنه اذا وقع

العقد في نصف الشهر مثلا ومضى بعده شهران هلاليان يصدق انه مضى من الاجل شهران ونصف ، وان كانت الثلاثة ناقصة ، وهذا امر ثابت في العرف حقيقة ، فيكفي اكمالها خمسة عشر يوماً لصدق الثلاثة معها ، وفيه انه لم يظهر لنا وجه معتد به لتغيير المثال بالشهرين الى الثلاثة مع انهما سواء في الصدق العرفي ، وقوله (والا) الى آخره لايتم في نفي احتمال اعتبار اتمامه هلالياً ، ضرورة عدم اقتضائه ازيد من المشترط كما هو واضح ، وظاهر القائل باعتباره ثلاثين يوماً عدم اكتفائه بالنصف الناقص ، ومن هنا كان يلزم على هذا القول انه لو جعل الأجل ثلاثة اشهر مثلا ووقع العقد في صفر بعد مضي ساعتين وجاء ناقصا ، فانه يكمل من جمادى الاولى يوماً وساعتين فيحصل من ذلك ثلاثة اشهر هلالية زائدة يوماً وساعتين والعرف واضح الصدق بدون ذلك .

واما القول بانكسار الجميع الذي نفى عنه البعد في المختلف بل حكي عن احد قولي المبسوط ، فهو وان احتج له بأن الايام الباقية من الشهر المنكسر اما ان لاتحسب من أحدهما أو من الثاني وكلاهما محال ، فليس الا احتسابها من الاول ، وحينئذ لايعقل دخول الثاني حتى يتم الاول مما يليه فينكسر حينئذ وهكذا ، لكن قد يناقش فيه اولا بعدم اعتبار الهلالي في الممكن منه ، وقد عرفت مايعين التلفيق من الاخير ، وأنه لامحذور فيه ، وثانياً بأنه تقتضي بناء على اعتبار الجميع ثلاثين يوماً زيادة ثلاثة ايام مثلا لو فرض كون الاجل ثلاثة اشهر واتفق نقصانها ، اللهم الا ان يريد انكسارها جميعاً واعتبارها هلالية باتمام كل منها بقدر الفائت منه.

وفيه حينئذ منع صدق تمام الشهر عرفاً لو كان ناقصاً باتمامه اربعة عشر يوماً ونصف من الشهر الاخر ، ومن ذلك ينقدح الضعف في القول الاول ، ولعل القول باتمامه هلاليا بأن يؤخذ نصف الهلالي الثاني مكملا به الشهر الاول وان كان ناقصاً اولى في الصدق العرفي الا انه لما كان الثاني غير معلوم هلاله ناقصاً أو تاما ، وكان الاصل عدم خروج الهلال والاصل عدم الحلول ، وجب الاقتصار في نصفه قبل ان يتبين على الخمسة عشر ، وهكذا

الثلث والربع ، ونحوه لو كان الاجل نصف الشهر المعين .

ومن ذلك كله يظهر لك ان الاحتمالات خمسة أو أزيد . وبعضها اقوال ،ولعل الاولى من ذلك الاحالة على اقل مايصدق عليه العرف وربما اختلف فتأمل جيداً والله اعلم،

﴿واو قال الى يوم الخميس ، حل باول خميس واول جزء منه﴾ لما عرفته سابقاً اذ لافرق بينه وبين الشهر المعين ﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لا يشترط﴾ فی صحة السلم ﴿ذكر موضع التسليم على الاشبه﴾ الاشهر بل المشهور لان لم يكن تحصيلا ﴿ولو كان فی حمله مؤونة﴾ ولو كان العقد فی مكان من قصدهما اواحدهما مفارقته ، لاطلاق الادلة الواردة فی معرض البيان المؤيدة بعدم ظهور مانع سوى تخيل تفاوت الاغراض بذلك، تفاوتاً يختلف فيه الثمن فی الجميع او فی بعض الاحوال وهو واضح الفساد، ضرورة عدم اقتضاء ذلك الاشتراط اذا لم يكن عدمه مؤدياً الى جهالة فی الثمن والمثمن.

ومن هنا لم يجب الاستقصاء فی الوصف وان اختلف الثمن به ولاريب فی عدم الجهالة عرفاً بترك ذكر موضع التسليم ، انه أمر خارج عن المبيع فالمكان حينئذ كـالزمان لايجب التعرض له فی رفع الجهـالة ، والا لوجب فی النسيئة ونحوها ، ودعوى الخروج بالاجماع كما ترى ، وله المطالبة به حيث شاء ، الا اذا كان هناك عرف يقتضى الانصراف الى مكان مخصوص فيتبع حينئذ ،انه حينئذ كالمشروط كما هو ظاهر الاصحاب فی المقام ، ونحوه من العقود التی تنصرف الى ارادة التسليم فی بلد العقد وان كان للنظر فيه مجال ، خصوصاً اذا كان قد وقع العقد مؤجلا ، وفی مكان من قصدهما او قصد أحدهما مفارقته .

وعلى كل حال فذلك بحث آخر خارج عما نحن فيه ، فلا يقال انه لاينافی القول بالاشتراط المبنی قطعاً على عدم الانصراف ، ضرورة انه غير متجه بناء على الانصراف، لارتفاع الجهالة المقتضية للاشتراط بذلك ، اذ الظاهر أن القول بالعدم ليس مبناه الانصراف الذی قد يفقد ، كما اذا كانا فی مكان من قصدهما مفارقته أو غير ذلك ، بل

مبناه ماذكرنا من عدم قدح مثل هذه الجهالة بعد أن لم تكن في الثمن والمثمن فتأمل .

وكيف كان فقد ظهر لك ضعف القول باشتراطه مطلقا الذى اختاره في الدروس، بل نسبه بعضهم الى الخلاف، وان كان المحكى من عبارته غير ظاهرة في ذلك قال : « اذا كان السلم مؤجلا فلابد من ذكر موضع التسليم ، فان كان في حمله مؤنة فلابد من ذكره ، الى ان قال : الصحيح أنه يجب ذكر الموضع والمؤنة. دليلنا طريقة الاحتياط لانه اذا ذكر الموضع والمؤنة صح السلم بلاخلاف ، واذا لم يذكرهما لادليل على صحة هذه » وفي التحرير نسب اليه ماعن المبسوط الذى قواه الكركى من التفصيل بين مايكون لحمله مؤنة فيجب ، اولا يكون كذلك فلايجب . ووجهه كسابقه ، وجوابه يظهر مما ذكرنا ، بل في السرائر انه لم يذهب اليه احد من اصحابنا ، ولاورد به خبر عن أئمتنا عليهم السلام ، وانما هو احد قولى الشافعي اختاره شيخنا ، الا تراه في استدلاله لم يتعرض لاجماع الفرقة ، ولا اورد خبرا في ذلك .

ومن القريب مناقشته في المختلف بأنهم نصوا على اشراط الوصف وهو يتناول المكان ، لان الاين من جملة الاوصاف اللاحقة للماهية ، فتكون الاخبار دالة عليه، ضرورة عدم ارادة ذلك من الوصف المعتبر في المسلم فيه الذى قد عرفت أن اعتباره لرفع الجهـالة التى لافرق بين السلم وغيره ، وفرض احتيـاج الحمل الى المؤنة لايوجب التعيين ، خصوصاً مع انصراف العقد بناء عليه ، بل وان لم ينصرف اذ المرجع حينئذ في ذلك الى الشرع، ولعل قواعده تقتضي وجوب الحمل الى المسلم ، لانه يستحق التسليم على المسلم اليه من حيث المعـاوضة ، فيجب الحمل حينئذ مقدمة الا اذا استلزمت قبحاً يسقط التكليف بهامعه ، ويحتمل عدم الوجوب ، للاصل فيبقى في ذمته على نحو الامانة .

واما التفصيل بين ماكانا في مكان من قصدهما اواحدهما مفارقته ، برية كان اوغيره ، وعدمه فيجب التعيين في الاول ، دون الثانى وهو القول الرابع فكان مبناه

عدم انصراف العقد حينئذ ، فيتحقق الجهالة ، وفيه ما عرفت . ومنه يظهر ضعف القول بالتفصيل بين ما كان في حمله مؤنة اوكانا في مكان من قصدهما مفارقة وعدمهما ، فيجب مع واحد منهما ، ولا يجب مع عدمه ، وحينئذ فالاقوى ما عرفت ، وحينئذ يكون كالحال الذي قطع في المسالك بعدم الاشتراط فيه ، وانه ليس محلا للخلاف فيكون حينئذ كغيره من البيوع يستحق المطالبة به في محل العقد اوفي محل المطالبة ان فارقاه هذا .

وفي المسالك ان المعتبر في تشخص المكان ذكر محل لا يختلف الحال في جهالة وأجزائه عرفا كالبلد المتوسط فمادونه ، والقطعة من الارض كذلك ، بحيث لا يفرق بين أجزائها ولا يحصل كلفة زائدة في جهة منها دون جهة . لامطلق البلد ، ولا الموضع الشخصي الصغير ، وفيه انه يمكن القول بصحة الاول بناء على عدم اشتراط موضع التسليم ، بل و الاخير اذا كان فيه غرض معتدبه ، لعموم المؤمنون عند شروطهم (١) وقد يدفع الاول بأنه وان قلنا بعدم الاشتراط الا انه مع التعرض له تجب المعلومية لانه اذا كان مجهولا افسد العقد ، باعتبار عود جهالته الى غيره بخلاف ما اذا لم يتعرض له كما انه قد يدفع الثاني بان الفرض فيه عدم الغرض المعتدبها والامر سهل .

((المقصد الثالث في احكامه وفيه مسائل))

﴿الاولى : اذا أسلف في شيء لم يجز بيعه قبل حلوله ﴾ لا لعدم ملكيته قبل الاجل ضرورة عدم مدخلية فيها . اذ العقد هو السبب في الملك ، والاجل انما هو للمطالبة ، ولا لعدم القدرة على التسليم اذ من المعلوم انها في المؤجل عند الاجل . ولا لغير ذلك من

(١) الوسائل الباب -٢٠- من ابواب المهور الحديث - ٤

الامور المعلوم بطلانها - بل الاجماع المحكى فى التنقيح وظاهر الغنية وجامع المقاصد وغيرهما وعن كشف الرموز ان لم يكن محصلا ، بل لعله كذلك ولا يقدح ظاهر ما فى الوسيلة قال : «واذا اراد أن يبيع المسلف ما اسلف فيه من المستسلف عند حلول الاجل أو قبله بجنس ما ابتاعه باكثر مع الثمن الذى ابتاعه لم يجز ومن باع بجنس غير ذلك جاز» بعد سبقه بالاجماع و لحوقه به فضلا عن خلاف بعض متاخرى المتاخرين فى ذلك لعمومات البيع ونحوها، مما لا يخفى على اصاغر الطلبة فضلا عن رؤساء الدين والمحامين عن شريعة سيد المرسلين .

﴿ و ﴾ أما انه ﴿ يجوز بعد حلوله ﴾ وقبضه ، فلا خلاف فيه ولا اشكال ، بل الاقوى الجواز ﴿ وان لم يقبضه على من هو عليه وعلى غيره ﴾ بجنس الثمن ومخالفه بالمساوى له او بالاقل أو بالاكثر ما لم يستلزم الربا ، سواء كان المسلم فيه طعاماً أو غيره مكيلا أو موزونا أو معدوداً أو غيره ، لاطلاق الادلة وعمومها ، وخصوص مرسل أبان (١) عن الصادق عليه السلام « فى رجل يسلف الدراهم فى الطعام الى اجل فيحل الطعام ، فيقول : ليس عندى طعام ، و لكن انظر ماقيمته فخذ منى ثمنه فقال : لا بأس بذلك» وموثق ابن فضال (٢) «كتبت الى ابى الحسن عليه السلام الرجل يسلفني الطعام فيجيء الوقت وليس عندى طعام ، اعطيه بقيمته دراهم ، قال : نعم »

وخبر على بن محمد (٣) «قال : كتبت اليه رجل له على رجل تمر أو حنطة او شعير ، فلما تفاضاه قال : خذ بما لك عندى دراهم ، أيجوز ذلك أم لا فكتب عليه السلام : يجوز ذلك عن تراض منهما» وخبر العيص بن القاسم (٤) عن الصادق عليه السلام « قال : سألته عن رجل أسلف رجلا

(١-٢) الوسائل الباب - ١١ - من ابواب السلف الحديث - ٥ - ٨

(٣-٤) الوسائل الباب -١١- من ابواب السلف الحديث ١١ -٦

دراهم بحنطة حتى حضر الاجل لم يكن عنده طعام ، ووجد عنده دواباً ورقيقا ومتاعاً أيحل له أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه ؟ قال: نعم يسمى كذا وكذا بكذا وكذا صاعاً» بناء على ان المراد بذلك كله خصوصاً الاخير البيع لا الوفاء بدونه ، وقصورها سندا اودلالة منجبر بالشهرة المحكية والمحصلة، كما أن اختصاص مواردها بالبيع على من له عليه غير قادح بعد تتميمه بما في الرياض من انه لاقائل بالفرق بين الطائفة .

و ان كان قد يناقش بما في التنقيح من الاجماع على صحة بيع السلم بعد حلوله قبل قبضه على من هو عليه، اما على غيره ففيه خلاف ،قال الشيخ يصح ، ومنعه ابن ادريس وهو كذلك ، لانه في السرائر في باب السلم بعد ان حكى عن الشيخ الجواز مطلقا قال : قد حررنا القول في بيع الدين وقلنا: انه لا يجوز الا على من هو عليه ،وشرحناه وضحناه في باب الديون بما لاطائل في اعادته ، فجعل ما نحن فيه من جزئيات تلك المسألة

وكيف كان ففي الرياض انه قد خالف في ذلك الشيخ في التهذيب حيث منع من البيع بالدراهم اذا كان الثمن الاول كذلك ، لخبر علي بن جعفر(١) قال «سألته عن الرجل له على الاخر تمر أوشعير أوحنطة يأخذ بقيمته دراهم قال : اذا قومه دراهم فسد ،لان الاصل الذي اشترى به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم »قال: وضعف سنده يمنع من العمل به مع احتماله. ككلام التهذيب الحمل على صورة التفاوت بالزيادة والنقيصة ، كما فهمه الجماعة ،ولذا لم ينسبوا اليه القول الاول بالمرة ، بل نسبوه الى هذا القول وله فيه موافق من الطائفة، كالاسكافي و العماني والقاضي وابن حمزة والحلبي وابن زهرة،وادعى في الدروس انه مذهب الاكثر ،وعن الحلبي دعوى الاجماع عليه، و هو ظاهر الغنية .واختاره جمع من تأخر.

قلت : بل هو مال اليه في الرياض للاجماع المحكي و النصوص المستفيضة

---

(١) الوسائل الباب - ١١ - من ابواب السلف الحديث - ١٢

كصحيح محمد بن قيس(۱) عن أبي جعفر عليه السلام « قال : قال : أمير المؤمنين عليه السلام من اشترى طعاماً أو علفاً الى أجل، فان لم يجد شرطه وأخذ ورقا لامحالة قبل أن يأخذ شرطه فلا يأخذ الا رأس ماله لا يظلمون ولا يظلمون » و صحيحة الاخر (۲) عنه ايضاً « قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أعطى رجلا ورقا في وصيف الى اجل مسمى ، فقال له صاحبه: لا أجدلك وصيفاً خذ مني قيمته و صيفك اليوم و رقا فقال : لا يأخذ الا وصيفه او ورقه الذى أعطاه اول مرة ولا يزداد عليه شيئاً».

وصحيح الحلبي(۳) عن الصادق عليه السلام « انه سئل عن الرجل يسلف في الغنم ثنيان وجذعان وغير ذلك الى أجل مسمى قال: لا بأس ان لم يقدر الذى عليه الغنم على جميع ما عليه يأخذ صاحب الغنم نصفها او ثلثها او ثلثيها و يأخذ رأس ماله مما بقي من الغنم دراهم» وصحيح يعقوب بن شعيب(٤) «سألت اباعبدالله عليه السلام عن الرجل يسلف في الحنطة و التمر بمائة درهم فيأتي صاحبه حين يحل الذى له فيقول : و الله ما عندى الا نصف الذى لك فخذ مني ان شئت بنصف الذى لك حنطة و بنصفه و رقاً فقال:لا بأس اذا اخذ منه الورق كما اعطاه » .

وفيه ان الاجماع المحكي موهون بمصير اكثر المتأخرين الى خلافه، بل ادعى جماعة كما قيل عليه الشهرة مع ان الموجود في الغنية «فاذا حل جاز بيعه من المسلم اليه بمثل ما نقد فيه وباكثر منه من غير جنسه ، ومن غير المسلم اليه بمثل ذلك . و اكثر منه من جنسه و غيره بدليل اجماع الطائفة ، و ظاهر القرآن ،و دلالة الاصل الا ان يكون المسلم فيه طعاما فان بيعه قبل قبضه لا يجوز اجماعا على ما قدمناه»

وهو صريح في التفصيل بين بيعه على من هو عليه، وعلى غيره كظاهر ما سمعته سابقا من الوسيلة ، والمحكي من عبارة ابي الصلاح في المختلف خال عن الاجماع ،

(۱-۲-۳-۴) الباب -۱۱- من ابواب السلف الحديث ۱۵ -۹-۱ -۱۶

وظاهر فى غير المنقول عنه ، قال : العقد يقتضى تسليم المعجل و تاخير المؤجل ، وتسليمه عند حلول أجله سواء كان التأخير مشروطا فى البيع او الثمن فاذا حل ولم يكن عنده عين ماعقد عليه ، فعليه احضاره ، ويصح اقامة العروض عنه من غير جنسه ، ولا يجوز له ابتياعه من مستحقه بمثل ماباعه منه فى الجنس ولا بزيادة عليه نقداً ، ولا نسيئة ولا نقله الى سلف آخر ، ويجوز له ابتياعه بغير ماقبضه منه نقدا ، وهو كماترى ظاهر فى المنع حتى بالمماثل .

نعم حكاه عنه فى المختلف أيضاً أنه قال بعد كلام طويل :ولا يجوز لمن أسلم فى متاع أن يبيعه من مستسلمه ولا غيره قبل أجله ، فاذا حل أجله جاز بيعه منه بمثل مانقد ، وأكثر منه من غير جنسه ،ومن غير المستسلم بمثل ذلك وأكثر منه من جنسه وغيره ، وهو كالغنية والوسيلة ، ولعل حجته على التقدير الاول خبر على بن جعفر(١) السابق فانه قد اعترف فى المختلف بدلالته على ذلك . فكان نسبة هذا القول اليه أولى مما فى الرياض من نسبته الى تهذيب الشيخ كما سمعت ، مع أن المحكى من عبارة التهذيب فى المختلف صريحة فى خلافه ، و لذا لم ينسبه اليه فيه ، بل جعله من القائلين بالمنع من الزيادة فلاحظ وتأمل جيداً .

نعم قد حكى عن مبسوطه فى المختلف أنه قال اذا حل عليه طعام بعقد السلم فدفع الى المسلم دراهم نظر ، فان قال : خذها بدله الطعام لم يجز ، لان بيع المسلم قبل القبض غير جائز ، سواء باعه من المسلم اليه أومن الاجنبى اجماعاً، وحكى عنه أيضاً أنه لوكان له طعام من سلف وعليه مثله من سلف آخر فأحاله بماعليه لايجوز ،لان بيع السلم لايجوز قبل القبض اجماعاً ، و ظاهره عدم الجواز قبل القبض مطلقا ، وحينئذ تكون الاقوال ستة أوسبعة ، والصحيح منها ماذكرناه .

---

(١) الوسائل الباب ـ ١١ ـ من ابواب السلف الحديث ـ ١٢ ـ

والمراد من خبر محمد بن قيس (١) بعد الاغضاء عن الاضطراب في متنه على ما في التهذيب وغيره أن المسلم اذا لم يوجد شرطه لآفة في المسلم فيه أو لعدم مطالبته به الابعد انقطاعه، ولم يرد الانتظار الى زمن حصول شرطه بل اراد الورق، فليس له أن يأخذ الا رأس ماله، لايظلم ولايظلم، فيفسخ العقد حينئذ ويسترد الثمن ، لاأن المراد بيعه عليه برأس ماله وكذا صحيحه الاخر، ومما يؤيد ذلك أن الخصم لايعين ذلك عليه في مفروض البحث، اذ يجوز له عنده بيعه بغير الجنس بمايساوي الثمن أضعافاً مضاعفة، من أن الخبر قد تضمن أنه ليس له الا ذلك كما هو واضح.

وأما صحيح الحلبي (٢) فلادلالة فيه أصلا ضرورة عدم البأس فيما تضمنه بعد التراضي منهما، مع أنه لم يعلم أن رأس مال المسلم فيه دراهم، ولاتعرض فيه للزيادة والنقيصة وبالجملة هو غير ظاهر في ارادة البيع وصحيح يعقوب (٣) يمكن حمله على ارادة السؤال عن جواز الفسخ في البعض ولو مع التراضي، فأجابه عليه السلام بأنه لابأس به اذا أخذ منه كما أعطاه حتى لايترتب عليه الربا، لاأن المراد أن بيعه عليه بذلك، اذ لا يتصور ترتب الربا عليه بعد أن كان في ذمة المسلم اليه الحنطة والتمر أو غير ربوي كالابل ونحوها، لاالدراهم التي هي ثمنهما.

و منه يعلم أنه لاوجه للاشارة بآية الربا الى ذلك في الخبر الاول، وأنه لابد من حمله على ماقلنا، و بذلك يظهر لك ضعف هذه عن الادلة المعارضة لها من الاصل والعمومات، وخصوص النصوص السابقة التي قد يناقش فيها بأن ما فيها من الوفاء لاالبيع، فلاتدل على المطلوب فيها أيضاً، لكن لايخفى بعد امكان منع هذه المناقشة فيها بظهورها سيما بعضها في غير ذلك أن الاصول والعمومات كافية في الصحة، فميل الفاضل في الرياض الى القول بعدم الجواز في البيع بالجنس مع الزيادة في غير محله قطعاً.

(١-٢-٣) الوسائل الباب -١١- من ابواب السلف الحديث-١٥-١-١٦

وأما البيع بغير الجنس زاد أو نقص فلا خلاف في جوازه ، وفي المختلف أنهم قد أجمعوا عليه ، وفي الرياض «أنه لا ريب فيه وفي البيع بالجنس مع عدم الزيادة فتوى ورواية » قلت : قد سمعت كلام أبي الصلاح وان كان لا ريب في ضعفه ، وعلى كل حال فقد ظهر لك قوة القول بالجواز مطلقا ، كما أنه قد ظهر لك بمقتضى اطلاق الادلة وخصوص بعضها عدم الفرق في ذلك بين كون المسلم فيه مكيلا وموزونا أو بين غيرهما ، ولا بين كونه طعاماً وغيره ، فما سمعته من الغنية هنا من الاجماع على عدم الجواز في الطعام في غير محله ، ولعل مبناه ما تقدم سابقاً في مبحث القبض من قول بعضهم بالمنع عن بيع المبيع اذا كان مكيلا أو موزونا قبل قبضه ، ومن آخرين منهم ابن زهرة في خصوص الطعام منهما .

لكن قد تقدم لك هناك ضعفهما وضعف غيرهما ، مع أنه يمكن القول به هنا وان لم نقل به هناك ، للادلة الخاصة الحاكمة على غيرها ، وخصوص مواردها بمن عليه غير قادح بعد عدم الدليل الصالح للفرق ، بل لولا التسامح في دليل الكراهة لامكن المناقشة في ثبوتها في الطعام ، فضلا عن مطلق المكيل والموزون ، وفضلا عن غيرهما كما هو مقتضى اطلاق قوله في المتن ﴿ على كراهة ﴾ لعدم الدليل .

بل لعل ظاهر أدلة المقام عدمها في المبيع على من هو عليه ، لكن للتسامح فيها يمكن القول بها ، ولو لاحتمال الاندراج فيما تقدم في ذلك المقام ، وللخروج عن شبهة الخلاف في الطعام ، والاجماع المدعى عليه هنا ، ولغير ذلك و على كل حال فقد اتضح بذلك كله أنه يجوز بيعه قبل قبضه بأزيد من رأس المال أو انقص .

﴿ وكذا يجوز بيع بعضه ﴾ كذلك ﴿ وتوليته وتولية بعضه ﴾ والشركة فيه وفي بعضه لعدم الفرق بين الجميع في مقتضى بعض الادلة السابقة ، خلافاً للمحكي عن الشافعي فلم يجوز للمسلم أن يشرك غيره في السلم . فيقول له شاركني في نصفه بنصف الثمن ولا أن يوليه ، فيقول ولني جميعه بجميع الثمن ، و نصفه بنصف الثمن لانها معاوضة في المسلم فيه

قبل قبضه، فلم يجز كما لو كانت بلفظ البيع، وهو كما ترى ، لا يقال ان اطلاق الاصحاب هنا الجواز مبني على ماذكروه في باب القبض من منع بيع المبيع قبل قبضه اذا كان مكيلا أوموزوناً أواذا كان طعاماً خاصة ، أواذا لم يكن البيع تولية على اختلاف الاقوال السابقة وكان الاطلاق هنا لرفع المنع من حيث كونه ديناً ، لا مطلقا ، فيبقى المنع من حيث كونه مبيعاً قبل قبضه على البحث السابق فيه ، كماهو صريح الكركي وثاني الشهيدين.

لانا نقول : أولا قد بان لك في ذلك المبحث ضعف الجميع ،وان الاقوى القول بالجواز مع الكراهه هناك ، وثانياً أنه يمكن الفرق بين المسألتين باعتبار الادلة الخاصة هنا كما جزم به المحدث البحراني في حدائقه فقال بالمنع هناك وبالجواز هنا، محتجاً باختلاف موضوع المسألتين في نصوص المقامين لاتفاقها هنا على البيع على من عليه وهناك على البيع على غيره .

قلت وربما يؤيده ملاحظة بعض كلماتهم في المقامين، ولولا خوف الاطناب- وأنه لافائدة مهمة في ذلك ، اذ الظاهر الجواز على التقديرين:أي سواء قلنا بكون المسألتين من سنخ واحد من حيث البيع قبل القبض ، اومختلفين في ذلك على معنى اختصاص المنع على القول به في غير السلم دونه- لنقلنا جملة منها فلاحظ وتأمل ، والامر سهل ﴿و﴾ كيف كان ف﴿لو قبضه ثم باعه زالت الكراهة﴾ وهوواضح والله اعلم .

المسألة ﴿ الثانية ﴾ لاخلاف في أنه ﴿ اذا دفع المسلم اليه ﴾ المسلم فيه ﴿ دون الصفة ﴾ أوالمقدار المشترطين فيه لايجب على المسلم قبوله، وان كان أجود من وجه آخر لانه ليس نفس حقه مع تضرره به ﴿و﴾ او ﴿رضي المسلم﴾ به ﴿ صح وبرىء ﴾ المسلم اليه مما كانت ذمته مشغولة به ﴿ سواء شرط ﴾ المسلم اليه ﴿ ذلك لاجل التعجيل ﴾ اذا كان قد دفعه قبل الاجل ﴿أولم يشترط﴾ بل في الغنية يجوز التراضي على تقديم الحق عن أجله بشرط النقص منه ،بدليل الاجماع وقال : أبو بصير(١) «سألت

---

(١) الوسائل الباب - ٩ - من ابواب السلف الحديث -٢

أباعبدالله عليه السلام عن السلم فى الحيوان قال: ليس به بأس قلت: أرأيت ان أسلم فى أسنان معلومة ، أوشيء معلوم من الرقيق فأعطاه دون شرطه أوفوقه بطيبة النفس قال: لابأس » ومعاوية (١) سألته ايضاً عن الرجل أسلف فى وصفاء اسنان معلومة وغير معلومة ، ثم يعطى دون شرطه فقال : اذاكان بطيبة نفس منك ومنه فلابأس » .

والحلبى (٢) سئل أبوعبدالله عليه السلام عن الرجل يسلم فى وصفاء باسنان معلومة ولون معلوم ثم يعطى دون شرطه أوفوقه؟ فقال : اذاكان عن طيبة نفس منك ومنه فلابأس » وسأل يعقوب بن شعيب (٣) اباجعفر اوأباعبدالله عليهما السلام «عن الرجل يكون لى عليه جلة من بسر فآخذ منه جلة من رطب مكانها : وهى أقل منها قال : لابأس قال : قلت : فيكون لى عليه جلة من بسر فآخذ مكانها جلة من تمر وهى اكثر منها قال : لابأس اذاكان معروفاً بينكما » الى غيرذلك من النصوص الدالة على الجواز مع التراضى المؤيدة بأنه لابأس فى اسقاط حقه من الوصف ومن المقدار وغيرهما مما اشترطه .

ومن هنا صرح غيرواحد بعدم البأس مع التراضى اودفع له غير الجنس ايضاً وهو جيد الاأن الظاهر كون الفرق تحقق الوفاء بنفس المدفوع الفاقد للوصف الذى اشترط فى المسلم فيه ، زائداً على ما ارتفع به الجهالة من الوصف ، بل وكذا ما ارتفع بها منه ، لانه بعد اسقاط الحق من الوصف المشترط يصدق المسلم فيه حينئذ على المدفوع ، بخلاف ما اذا كان المدفوع من غير الجنس ، فان تحقق الوفاء به كالمعاوضة وقد يحتمل قوياً كون الجميع كذلك ، خصوصاً اذاكان الوصف مما ارتفع به الجهالة ، والاتحاد فى الجنس غير كاف ، ضرورة عدم صدق المسلم فيه على الجارية السوداء المدفوعة عوض البيضاء التى هى المسلم فيها ، وانما هو تراض على المعاوضة بذلك فتأمل جيداً فانه قد تترتب ثمرات على ذلك .

(١-٢ ٣-) الوسائل الباب -٩- من ابواب السلف -الحديث - ٤- ١-٧

منها ـ وجوب الدفع مع رضا صاحب الحق بماهودون الوصف على الاول ، بخلاف الثاني ، وربما يفرق بين الاوصاف ، فلايجب فيماكان ممنوعا منها دونغيره الذي يرادمنه ثبوت الاستحقاق لذي الوصف ، ثم على تقدير الوجوب في الاول الظاهر بقاء استحقاقه المطالبة ايضاً بالفرد الاول ، ومجرد رضاه بدون قبض لا يسقط استحقاقه الاول ، اذهوليس كحق الخيار والشفعة . وحينئذ فيكون مراد المصنف وغيره بالبراءة مع الرضا في صورة مالوقبضه راضياً به عوض الحق ، لاالمراد سقوط حقه بمجرد الرضا . وان رجع قبل القبض مع احتماله وان كان بعيداً ❊(وان أتى)❊ المسلم اليه ❊(بـ)❊ المسلم فيه على ❊(مثل صفته)❊ التي اشترطت ❊(وجب)❊ على المسلم مع عدم العذر ❊(قبضه أو ابراء المسلم اليه)❊ مما اشتغلت ذمته كما تقدم الكلام في ذلك ❊(و)❊ في أنه ❊(لو أبى)❊ المسلم عنهما ❊(قبضه الحاكم اذا سأل المسلم اليه ذلك)❊ مفصلا في بحث النقد والنسيئة فلاحظ وتأمل ❊(و)❊ أما ❊(لودفع فوق الصفة)❊ بمعنى الجامع للاوصاف المشترطة عليه مع زيادة أو الفرد الاعلى من مصداق الصفة ❊(وجب قبوله)❊ بلاخلاف معتدبه ولااشكال لتحقق المسلم فيه بذلك ، ضرورة عدم منافاة الزيادة فهوحينئذ من المسألة السابقة .

واشتراط طيب النفس منهما في النصوص السابقة لدفع دون الشرط أوفوقه ، يراد منه التوزيع لغلبة عدم رضا المسلم اليه بالفوق والمسلم بالدون فبيّن عليه السلام «أنه لابأس بكل منهما مع الرضا من كل منهما » نعم لودفع ذا الصفة الحسنة عوض ذي الصفة الردية المشترطة من النوع الواحد ولعله غير المراد هنا من العبارة ـ اتجه عدم الوجوب ، كما عن الاردبيلي للاصل ولانه قد يتعلق له الغرض بما اشترطه ، وللمنة اذ الفرض استحقاق الردى لاغير ، ولغيرذلك ، لكن هذا اذا لم يكن المراد من عبارة الشرط أن المسلم فيه هذافمافوقه ، لانه هولاغير ، فانه يجب القبول حينئذ وعليه بنواوجوب قبول الجيد المدفوع عن الاردى كما سمعته فيماتقدم .

﴿و﴾ علی کل حال ﴿لو دفع﴾ المسلم الیه ﴿اکثر﴾ من المقدار المطلوب منه ﴿لم یجب قبول الزیادة﴾ للاصل وللمنة التی لایخفی ما فی تحملها من المشقة ، لعدم استحقاق الزیادة ، وبذلك افترق هذا عن السابق الذی هو من أفراد المسلم فیه وان لم یکن للمسلم الالزام به ، وصحیح الحلبی (۱) عن أبی‌عبدالله علیه السلام «أنه سئل عن الرجل یسلم فی الغنم ثنیان وجذعان و غیر ذلك الی اجل مسمی قال : لابأس ان لم یقدر الذی علیه الغنم علی جمیع ما علیه ان یأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثیها و یأخذ رأس ما بقی من الغنم دراهم ، و یأخذون دون شرطهم و لا یأخذون فوق شرطهم ،قال: والاکسیة أیضاً مثل الحنطة والشعیر والزعفران والغنم» مع احتمال ارادة رأس المال من الشرط فیه الذی لو أخذ الجاهل الفوق منه ربما ضمه الی رأس المال فیقع فی الربا بخلاف الدون ، واضطراب متنه باسقاط الدون فی بعض النسخ ولعله اصوب.

یراد منه انه لیس لهم مافوق لانه لایجب علیهم القبول لوکان مما فرضناه ، فما عن ابن الجنید من مساواة زیادة الصفة لزیادة العین فی عدم وجوب القبول ومال الیه المحدث البحرانی وتبعه فاضل الریاض واضح الضعف کما عرفت،هذا کله اذا کان المدفوع من الجنس ﴿ اما لودفع من غیر جنسه لم یبرأ الا بالتراضی﴾ مع التمکن من الجنس قطعاً ، لانه معاوضة موقوفة علیه کما هو واضح و الله أعلم .

المسألة ﴿ الثالثة ﴾ قد تقدم البحث فی أنه ﴿ اذا اشتری کراً من طعام ﴾ مثلا مؤجلا ﴿ بمائة درهم و اشترط تأجیل خمسین بطل فی الجمیع علی قول﴾ وانه یحتمل البطلان فیها خاصة ﴿ و ﴾ کذا ﴿ لودفع خمسین وشرط الباقی من دین له علی المسلم الیه صح فیما دفع ﴾ قطعاً ﴿ وبطل فیما قابل الدین ﴾ فی

---

(۱) الوسائل الباب -۱۱- من ابواب السلف - الحدیث ۱

قول ﴿ و فيه ترددأشبهه ﴾ عند المصنف ﴿ الكراهة ﴾ كما عرفت بل و تقدم ما يستفاد منه حكم .

المسألة ﴿الرابعة﴾ وهي ﴿ لوشرطا موضعاً للتسليم فتراضيا بقبضه في غيره جاز﴾ ضرورة انه لهما اسقاط حقهما من الشرط، ﴿و﴾ ان كان الموضع المشترط مما انصرف اليه العقد شرعا نعم ﴿ان امتنع احدهما لم يجبر﴾ عليه لقوله ﷺ(١) «المؤمنون عند شروطهم» بل وتقدم في باب الصرف ما يستفاد منه حكم ،

المسألة ﴿الخامسة ﴾وهي ﴿اذا قبضه ﴾ اي المسلم المسلم فيه ﴿ فقد تعين وبرىء المسلم اليه فان وجد به عيبا ﴾ كان له الرد بالعيب ﴿و﴾ اذا ﴿ رده زال ملكه عنه ، و عاد الحق الى الذمة سليما من العيب .﴾ لكن في المسالك هنا انه لا ارش له ، لم يتعين المحق بل وقع عوضاً عن الحق الكلي مملوكا له ملكا متزازلا يتخير معه بين الرضا به مجانا فيستقر ملكه عليه ، و بين أن يرده فيرجع الحق الى ذمة المسلم اليه سليماً ، بعد أن كان قد خرج عنها خروجاً متزلا . ونبه بقوله عاد على ذلك ، حيث ان العود يقتضي الخروج بعد أن لم يكن ، فانه مصير الشيء الى ما كان عليه بعد خروجه ، وتظهر الفائدة في النماء المنفصل المتردد بين القبض و الرد ، فانه يكون للقابض ، لانه نماء ملكه كنظائره من النماء المتجدد زمن الخيار ، أما المتصل فيتبع العين ، و يتفرع عليه ايضاً ما لو تجدد عنده عيب قبل الرد، فانه يمنع من الرد لكونه مضموناً عليه ، ولم يمكنه بعده رد العين كما قبضها .

وبه قطع في التذكرة و زاد أن له حينئذ أخذ ارش العيب السابق وان لم يكن ثابتا لولا الطارى ، فان المنع منه انما كان لعدم انحصار الحق فيه ، حيث أنه امر كلي والعيب غير تام في جملة أفراد الحق . فلما طرء العيب المانع من الرد تعين قبوله،

---

(١) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ من ابواب المهور الحديث ـ ٤

فصار كالمبيع المعين اذا كان معيبا فانه يجوز اخذارشه ، و يتعين عند مانع من رده، وربماقيل بجواز رده هنا ،لعدم تعيينه ابتداء و العيب الطارى لم يوجب تعينه. غاية ما فى الباب أن يلزم بارشه .

قلت : ونحوه يأتى ايضاً فى التلف فيلزم بالقيمة لواراد الرجوع بالبدل ، وفيه أن ذلك مناف لما سمعته منهم فى باب الصرف ،كما انه مناف لمقتضى الحكم بالرد ضرورة أنه لادليل على الرد الا الاندراج فيمادل عليه فى المبيع ، بتقريب انه بالدفع والقبض صار كأنه مورد العقد ، الا انه لايقتضى رده فسخ العقد ،كما اقتضاه لو كان المبيع معيناً ، باعتبار توقف عوده الى ملك مالكه الذى هو المراد من الرد على انفساخ العقد : بخلافه فى الفرض ، اذعوده الى ملك المالك انما يقتضى فسخ مقتضى القبض الذى هو السبب فى ملك هذا الشخص فيبقى مقتضى العقد على حاله ، وحيث كان مبنى الرد الاندراج المزبور اتجه حينئذ ان له الرجوع بالارش ، لاطلاق مادل عليه فى المبيع .

اللهم الاان يقال انه مخالف لمقتضى الاصل فيقتصر فيه على المتيقن ،وهو اذا لم يمكن تحصيل المبيع سالماً كما اذاكان معيناً أما اذا امكن كمافى الفرض لان له الرد والابدال فلايتجه الرجوع بالارش .

نعم لوتعيب عنده أوتلف مثلا فتعذر الرد على حسب ما اخذه كان له الارش كما سمعته من التذكرة ، والزامه بالارش المعيب الحادث ، أوالقيمة لو أراد الابدال ليس بأولى من الزام البايع بالارش ، بل هوأولى ، ولذا تعين فى المبيع المعين ، لكن فيه انه مخالف لماسمعته منهم فى باب الصرف ، بل لم يعرف فيه خلاف هناك .

نعم حكى هناك عن الشيخ و غيره أن له فسخ العقد ايضاً ، مضافاً الى الابدال والارش ، وناقشه الفاضل فيه كما سمعته هناك مفصلا ، فلاحظ وتأمل ، حتى تعرف قوة القول بالخيار هنا بين الرد والابدال ، وبين الارش ، بل وتعرف ايضاً فساد ماقيل هنا

على العبارة وماشابهها ، من ان زوال الملك عندرده انما يكون بعد ثبوته ، و المعيب ليس من المسلم فيه ، فلاينتقل عن المسلم اليه وان عود الحق انمايكون بعد زواله ، وهومستلزم لاحد محذورين .

اما الحكم بالشيء مع وجود نقيضه ، اواثبات الحقيقه من دون لوازمها، وذلك لان الحكم بالبراءة ان كان صادقاً لزم الاول ، و الالزم الثانى ، اذ لابأس بالتزام كون المقبوض المعيب صالحاً للاداء عن الحق اذارضى به المستحق ، لانه من جنس الحق ومن افراد المسلم فيه ، وعيبه ينجبر بالخيار، فيتم الزوال والعود ، ولابعد فى تحقق الملك متزازلا لمكان العيب ، و معلومية ارادة الصحيح لاتقتضى كون المسلم فيه الموصوف بالصحة كما هو واضح ، فبالنماء المتخلل حينئذ بين القبض الى حال الرد للقابض .

ومن ذلك يظهر مافى جواب الشهيد عن ذلك فى حواشيه بان الحكم بالزوال والعود مبنى على الظاهر حيث كان المدفوع من جنس الحق ، و صالحاً لان يكون من جملة افراده قبل العلم بالعيب، فاذاعلم بالعيب زال ذلك الملك الذى حصل ظاهرا وان لم يزل فى نفس الامر ، فصح اطلاق الزوال والعود بهذا الاعتبار اذ قدعرفت ان الملك حاصل ظاهراً وباطناً ، غاية امره التزلزل وهوغير مانع كنظائره، وقدتقدم لنا فى باب الصرف ماله نفع تام فى المقام بل منه يستفاد كثير من احكام.

المسألة ﴿السادسة﴾ وهى ﴿اذاوجد برأس المال﴾ المعين ﴿عيباً فان كان من غير جنسه﴾ بان كان فضة فبان نحاسا مثلا ﴿بطل العقد﴾ من اصله ان كان الجميع كذلك ، والا فبالنسبة وله حينئذ خيار التبعيض ، و لو كان العقد بكلى ابدلت اذالم يتفرق المجلس والابطل ايضاً ﴿وان كان﴾ العيب فى المعين ﴿من جنسه﴾ كالخشونة واضطراب السكة ﴿رجع بالارش انشاء﴾ قبل التفرق قطعاً ،وبعده على الاصح، ويحتمل انفساخ العقد فيما قابله ﴿وان اختار الرد كان له ﴾ كما فى غيره من الثمن المعيب

وينفسخ العقد، ضرورة توقف الرد الى ملك الاول عليه. وان كان كليا فله الارش بناء على المختار ، وله الرد ولكن لاينفسخ العقد ، لما عرفت من انه انما يقتضى فسخ مقتضى القبض .

نعم قد يقال به في المقام لالذلك، بل لاستلزامه عدم قبض الثمن قبل التفرق وفيه ان المقبوض المعيب ثمن ،فيكفي قبضه قبل التفرق في الصحة ،وان تعقبه فسخ مقتضى القبض بعد التفرق ، بل لايبعد لذلك عدم وجوب قبض البدل في مجلس الرد ، للاصل بعد ظهور الادلة في غيره ، كما انه لايجب قبض الارش في مجلس اختياره ، باعتباره انه كالجزء من الثمن .

وقد تقدم تحقيق كثير من هذه المطالب في باب الصرف فلاحظ وتامل كي تعرف الحكم في جملة اقسام المسألة ، اذ العيب اما ان يكون من الجنس أو من غيره، ثم اما ان يكون في جملة الثمن او في بعضه ، ثم اما ان يظهر قبل التفرق او بعده، ثم اما ان يكون الثمن معينا او كليا فالاقسام ستة عشر والله اعلم .

المسألة ﴿ السابعة اذا اختلفا ﴾ المسلم و المسلم اليه ﴿ في القبض ﴾ للثمن ﴿ هل كان قبل التفرق او بعده ، فالقول قول من يدعى الصحة ﴾ لاصالتها فيه بعد اعترافهما معاً بحصوله ، اذ هو ايضا مما يقع على وجهين .

فالاصل فيه الصحة كباقي افعال المسلمين و أقوالهم التي تقع على و جهين ، و قد رتب الشارع أثرا على أحدهما دون الاخر ، وبذلك يظهر أنه لاحاجة ، أولاوجه الى تقرير ذلك بأنه لما تعارض أصالة عدم القبض قبل التفرق مع أصالة عدم التفرق قبل القبض تساقطاً ، فيحكم باستمرار العقد ، وفي الحقيقة لانزاع بينهما في أصل الصحة، وانما النزاع في طرو المفسد ، والاصل عدمه ، ان لم يرجع الى ماذكرنا الذي من الواضح الفرق بينه و بين مالو اختلفا في أصل قبض الثمن ، فان القول قول منكر القبض فيه وان تفرقا ،واستلزم بطلان العقد ، لان الاصل عدمه فلايجرى أصل الصحة المتوقف

على ثبوت الموضوع ذى الوجهين ، ويقع الشك في صحته ، وأصالة صحة العقل لاتقضى بثبوت ماكان مقتضى الاصل عدمه من الشرائط المتاخرة ، واصالة عدم طرو المفسد معارضة بأصالة عدم وجود المصحح .

و نحو ذالك تجرى فى قبض الصرف ، اذ المسألة من واد واحد ، الااذا قلنا هنابأن التفرق قبل القبض مانع ،لأن القبض قبله شرط ،بخلافه فى الصرف فانه يتم حينئذ التمسك باستصحاب أثرالعقد مالم يعلم المانع فتأمل جيدا ،ولواقام كل منهما فى مفروض المتن بينة بنى على تقديم بينة الداخل وهوهنا مدعى الصحة أوالخارج لكن الفاضل هناقدم الاول لقوة جانبه بأصالة عدم طروالمفسد ، ولان دعواه مثبتة و الاخرى نافية ، وبينة الاثبات مقدمة ، و هو كماترى ، خصوصاً الاخير ضرورة كون البطلان اثباتاً ايضاً كماهو واضح .

﴿و﴾ كيف كان فقدظهر لك مماذكرناأنه ﴿لوقال البايع قبضته﴾ اى الثمن ﴿ثم رددته اليك قبل التفرق﴾ وانكر المشترى ذالك بمعنى عدم القبض اصلا فضلا عن الرد ﴿كان القول قوله﴾ اى المشترى ﴿مع يمينه﴾ لا البايع كما فى القواعد والدروس ﴿مراعاة لجانب الصحة﴾ التى قد عرفت احتياج جريان اصلها الى وجود الموضوع المدعى عدمه ،كما هومقتضى الاصل ، بل هذا عين المسألة السابقة التى قد ذكرناها ، وقلنا فيها ان القول قول منكرالقبض اصلا ، ولوفرض كون الانكارلما قبل التفرق خاصة ، على معنى الاعتراف بقبضه والرد لكن بعد التفرق ، كان عين المذكور فى المتن سابقاً ، ولا ثمرة معتدبها لاعادته ، كما انه لاوجه لفرض الانكار فيه للرد خاصة ضرورة انالقول قوله فيه لاالبايع ، فضلا عن تعليله بمراعاة الصحة

وحينئذ فمافى المسالك فى شرح العبارة لم يظهر لنا وجهه قال : «المراد انها اتفقا الان على كون الثمن فى ذمة المشترى اوعنده ، ولكن اختلفا فى كون ذالك على وجه مفسد للعقد بأن لايكون تقابضاً اصلا اوعلى وجه مصحح بأن يكون البايع

قبضه ثم رده اليه والمصنف هنا قدم قدم قول البايع ترجيحاً لجانب الصحة ، مع ان الاصل عدم القبض ايضاً ، وتحقق صحة العقد سابقاً كما مر ويمكن ان يقال حينئذ تعارض الاصلان ، فيحصل الشك في طرو المفسد و الاصل عدمه فيتمسك بأصل الصحة لذلك .

وفيه ماعرفت سابقاً من ان ذلك لايستقيم على فرض كون القبض قبل التفرق شرطاً ، لان اصالة صحة العقد لاتقتضي بوجود مايقتضي الاصل عدمه من الشرائط المتأخرة كما عرفت. نعم قد يقال : الاختلاف هنا كالاختلاف في السابقة في كون القبض قبل التفرق او بعده ، ولكن اعادها لبيان انه لافرق في حكم هذا الاختلاف بين كون الثمن في يد البايع او يد المشتري ، اذ ظهور اليد في الملك بعد اعترافه هنا بوقوع القبض لكن بعد التفرق غير مجد .

وحينئذ فلاوجه لما في المسالك حيث قال بعد الكلام السابق : « ويبقى في المسألة شيء ، وهو ان دعوى البايع الرد غير مقبولة كنظائرها ، اذ لا دخل له في الصحة ، وانما قدم قوله في اصل القبض مراعاة لجانبها ، وحينئذ فمع قبول قوله في القبض هل له مطالبة المشتري بالثمن ، يحتمل عدمه لما قلناه من عدم قبول قوله في الرد مع اعترافه بحصول القبض ، ويحتمل جواز المطالبة لاتفاق المتبايعين على بقاء الثمن عند المشتري الآن ، اما على دعوى البايع فظاهر ، واما على دعوى المشتري فلاعترافه بعدم القبض ، فاذا قدم قول البايع في صحة العقد الزم المشتري بالثمن ، ويشكل بأن المشتري حينئذ لايعترف باستحقاق الثمن في ذمته لدعواه فساد البيع فلايبقى الادعوى البايع ، وهي مشتملة على الاعتراف بالقبض ودعوى الرد ، وهي غير مقبولة في الثاني والمسألة موضع اشكال ولعل عدم قبول قوله في الرد اوجه »

وهو من غرائب الكلام خصوصاً اذا كان الثمن الذي اتفقا عليه معيناً ، ويد المالك بعد استنادها فيه الى بقاء الملك السابق الذي قطعه دعوى البايع الذي فرض

تقديمها على دعواه ،لاتجدي ، ولو كان الاختلاف في المسلم فيه أنه حنطة مثلا أو شعير تحالفا وفي قدره أو قدر الثمن أو قدر الاجل فالقول قول منكر الزيادة، أما لو اختلفا في الحلول فالقول قول المسلم اليه لانه منكر ، ولو اختلفا في اشتراطه فالقول قول منكره بناء على صحته حالا ، وفي القواعد ومحكي التذكرة «الاقرب أن القول قول مدعيه ان كان العقد بلفظ السلم على اشكال ، وعلى قولنا بصحة الحال فالاشكال أقوى»، وقد أشكل على بعض الشارحين فهم هذه العبارة ، و لعله بناء منهم على عدم صحة السلم بلا أجل وان الفاضل ممن لا يقول بذلك، وعلى ماقلناه سابقاً من أن النزاع فيه فالمراد واضح ، والله أعلم .

المسألة ﴿ الثامنة : اذا حل الاجل ﴾ وكان المسلم فيه منقطعاً لآفة ونحوها ﴿ وتأخر التسليم لعارض ﴾ لا لتقصير من المسلم ﴿ ثم طالب ﴾ به ﴿ بعد انقطاعه كان بالخيار بين الفسخ والصبر ﴾ بلا خلاف أجده في الاخير ، بل ولا اشكال ، لان مورد العقد الذمة ، والاجل انما هو للتسليم ، فاحتمال الانفساخ كما عن أحد قولي الشافعي لكونه كالمبيع التالف قبل قبضه ، في غاية الضعف، لمخالفته للاصل والنص والفتاوى كاحتمال تعين دفع قيمة عوضه ، فيلزم بها المسلم لانها البدل عن كل متعذر ، بل هو أضعف من الاول لعدم الخطاب الان بالعين كي ينتقل الى القيمة لتعذرها ، بل التعذر مسقط لاصل خطاب الدفع .

ودعوى أن ذلك من خطاب الوضع لا التكليف واضحة المنع ، فلاريب حينئذ في أن له الصبر الى وجود المسلم فيه ، بل عينه الحلي عليه ، ولم يجوز له الفسخ لاصالة اللزوم ، الا أن قاعدة عدم الوفاء بالشرط كما في المختلف و الشهرة بقسيمها على خلافه ، بل ربما أشعر نسبته في الدروس الى الندرة ، وفي غيرها الى الخطاء

بالاجماع عليه ، بل فى المختلف «أنه لم يوافقه عليه احد من علمائنا ، ولا اظن احداً افتى به .

وفيه ايضاً ، ان اقوال الفقهاء متطابقة على تسليط المشترى على الفسخ ، وعموم الكتاب ، لعدم حصول التراضى اذا تعذر المسلم فيه ، والاحاديث متظافرة بذلك » .

وحاصل مراده الرد على الحلى بأن الكتاب والسنة والاجماع على ذلك وفى موثق ابن بكير (١) « سألت اباعبدالله عليه السلام عن رجل أسلف فى شىء يسلف الناس فيه من الثمار فذهب زمانها ولم يستوف سلفه ، قال: فليأخذ راس ماله اولينظره » بل قيل: انه يدل عليه الاخبار المستفيضة المتقدم اكثرها سابقاً فى بيع السلف بعد حلوله فانها وان لم تكن ظاهرة فى انقطاع المسلم فيه، الا انها اذا جوزت الفسخ مع عدمه ، فمعه بطريق اولى ، وفيه ان المستفاد منها بعد ملاحظتها جميعاً وارجاع مطلقها الى مقيدها جواز اخذ رأس المال اذا عجز المسلم اليه خاصة عن الاداء ، و ظاهرها كون ذلك مرادا للبايع مسئولا له ، وانه كالاحسان من المشترى اليه ، بل قد عرفت ان المحكى عن الاكثر كون المراد منها المعاوضة عن المسلم اليه بقدر رأس المال لا الفسخ .

وعلى كل حال فهى غير ما نحن فيه من ان له الفسخ قهراً رضى البايع به أولا ، والاولوية المزبورة فرع القول بالاصل ، وهو ممنوع ، لاصالة اللزوم ، اذ المسلم اليه ان وصل عجزه الى حد الاعسار شرعا ، فالحكم الانظار الى الميسرة ، بل الفسخ غير مفيد ، والا فالمتجه أن له الزامه به كغيره من الديون ، ولعله لذلك كله أو بعضه توقف فى الاستناد الى هذه النصوص لاثبات هذا الحكم فى الرياض.

لكن قد يقال : بمنع ظهور بعضها فى كون الفسخ بالتراضى منهما ، خصوصاً نحو

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب السلف الحديث ١٤

صحيح الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام «لا بأس بالسلم في الحيوان اذا سميت الذي تسلم فيه ووصفته ، فان وفيته و الا فأنت أحق بدر اهمك » بل الظاهر أن مدار الفسخ فيها على قاعدة الشرائط ، ضرورة كون الاداء في الوقت المخصوص منها ، فالمتجه جعل المدار فيه على ذلك ، وقد تقدم لنا سابقاً أن المتجه اولاجبره على اداء الشرط ، ومع التعذر يتسلط على الفسخ .وقد مضى تحقيق الحال فيه فلاحظ وتامل جيداً، فانه قد يمنع استفادة الشرطية من ذلك على الاطلاق ، و الا لثبت مثله في النسيئة على ان المراد من اشتراط الاجل هو عدم استحقاق المطالبة اليه فيعود الاستحقاق الذي هو حاصل من مقتضى العقد .

نعم قد يقع على جهة الشرطية فيترتب عليه الخيار حينئذ من هذه الجهة،فالعمدة في ثبوت الخيار هنا انما هو من جهة النصوص و الفتاوى ، ثم ان الظاهر عدم الفرق في الخيار المزبور بين كون التأخير لتفريط من البايع و بين غيره كما اذا لم يطالبه به المشتري حتى انقطع، نعم قد صرح غير واحد بسقوط الخيار لو كان بتقصير من المشتري بمعنى انه عرض عليه فامتنع عن القبض، ولعله كذلك لاصالة اللزوم ،وكونه السبب في ادخال الضرر على نفسه فلا يندرج في اطلاق الخبر المزبور .

وكيف كان ففي حواشي الشهيد عن السيد العميد ان له مضافاً الى الفسخ والصبر المطالبة بقيمة المسلم فيه عند الاداء و استحسنه في المسالك ، و محكي الميسية ،بل جزم به في الروضة كما مال اليه في الرياض ، لانها البدل عند تعذر الحق ، فهو كتلف المثلي الذي يتعذر مثله فانه ينتقل الى القيمة ، وفيه اولا انه خلاف ظاهر النص، بل والاصحاب كما عن القطيفي الاعتراف به ، بل صرح بعدمه الكركي في حاشية الارشاد في شرح قوله فيه ، ولو اخر التسليم فللمشتري الفسخ أو الالزام قال : «ظاهر العبارة

---

(١) الوسائل الباب -١١- من ابواب السلف الحديث - ١٧

مشكل . لان تأخر التسليم اما ان يكون مع وجود المسلم فيه وأمكان تسليمه فليس للمشترى فسخ ، بل له الزامه بالتسليم أو مع انقطاعه وتعذر تسليمه ، وحينئذ يتخير بين الفسخ وأخذ الثمن ان كان باقياً أومثله فی المثلی والقيمة فی غيره، وبين الصبر الی قابل ، وليس له الزامه بشیء حينئذ ، ولافرق فی ذلك بين ان يكون تعذر التسليم بتفريط المسلم اليه بأن أخره حتى انقطع اولا ، و ليس له فی شیء من ذلك الزامه بالقيمة، لكن يجوز المعاوضة عليه بالتراضی (الی ان قال) ومن حملها علی ان المراد اذا أخر البايع التسليم حتى انقطع المسلم فيه بتفريطه ، يتخير المشترى بين الفسخ والالزام بقيمة يومئذ» .

فقد أغرب لبعد الحمل عن العبارة ، و فساد الحكم فی نفسه ، اذ ليس له الزامه بالقيمة فی المذكور الابالتراضی كما قدمناه .

و كيف كان فالعبارة مشكلة والحكم أشكل ، وهو صريح فيما ذكرنا، وان كان لايخلو من نظر اذا كان التأخير بتفريط من البايع كما انه لايخلو من نظر فی أصل اشكال العبارة ، اذ يمكن حملها علی ارادة الصبر من الالزام فيها ، بل هو متعين بملاحظة فتواه فی باقی كتبه.

نعم ماذكره من عدم الالزام بالقيمة جيد مع عدم التقصير من البايع، اذا كان عدم الاداء لانقطاع المسلم فيه بآفة سماوية ونحوها ، اذ لاخطاب بالاداء اصلا كی ينتقل الی القيمه ، فأصل وجود المسلم فيه مقدمة لوجوب أدائه فيسقط بعدمها حينئذ ولادليل علی الانتقال الی القيمة فالاصل برائة ذمة المسلم اليه منها ، كما ان الاصل براءة ذمة المسلم من وجوب قبولها عليه لو بذلت له، بل قيل ان صحيحی محمد بن قيس (۱) المتقدمين سابقاً فی بيع المسلم اليه بعد حلوله ظاهران أوصريحان فی عدم الالزام بالقيمة ،

---

(۱) الوسائل الباب ـ ۱۱ ـ من ابواب السلف ـ الحديث ـ ۹-۱۵

بل قد ينقدح من ذلك محمل آخر للنصوص السابقة التي ادعي دلالتها على عدم جواز الزام المسلم اليه بازيد من الثمن ، على ان يكون المراد منها عدم الالزام بالقيمة عوض المسلم فيه فلاحظ وتامل .

ومما يزيد ذلك كله تأييداً ماذكره غير واحد من الاصحاب بل لاخلاف أجده فيه بينهم ، من ان في حكم انقطاعه عند الحلول موت المسلم اليه قبل وجوده وقبل الاجل ، نظراً الى انه دين فيشمله عموم مادل على حلول ما على الميت من الدين بالموت ، ودعوى ان للمسلم الالزام بالقيمة فيه مع عدم التقصير فيه بوجه من الوجوه كما ترى .

نعم له المعاوضة عليه بأزيد من ثمنه وانقص ومساوى كما عرفته سابقاً ، و هو غير ما نحن فيه من الالزام بالقيمة ، بل قد يقال : ان ذلك لايجتمع مع خيار الفسخ والصبر ، ضرورة و جوب القبول على المشترى لو بذلها له فليس له الفسخ ولا الصبر ، وقد عرفت أن مبنى الالزام بالقيمة أنها عوض ماله قد تعذر ، ففي الحقيقة قد رجع دينه الان الى القيمة ، فمع بذله له يتعين القبول كالمثلى اذا تعذر مثله وهو كما ترى .

وليس هذا الخيار فورياً للاصل واطلاق النص، بل صرح ثاني الشهيدين بعدم سقوطه لو صرح بالامهال ، وان كان لايخلو من اشكال ، ولذا توقف فيه في التذكرة والدروس والتنقيح ، فاحتمل في الاول بعد أن جعل عنوان المسألة أنه لو أجاز ثم بدا له في الفسخ وجوب الصبر وأنه كاجازة زوجة العنين، واحتمل أن له الفسخ ، ولا يكون ذلك اسقاط حق ، فكان كزوجة المولى اذا رضيت بالمقام ثم ندمت، ونحوه مافي الدروس قال ولو صرح بالامهال ففي بطلان خياره نظر من تجدد الحق حالا فحالا فهو كخيار المولى منها ولانه كتأخير الدين المؤجل، ومن أن الامهال أحد شقي التخيير وقد أثره وأولى بالابطال ما اذا قال : أبطلت خياري .

قلت : لااشكال في السقوط مع ارادة اختيار الصبر خاصة من الامهال ، ضرورة

کونه حینئذ کالاسقاط، أما اذا أمهل لا بهذا العنوان بل لان له عدم الفسخ ، لم یکن ذلك اسقاطاً والشك کاف فی بقاء الخیار مع الاطلاق والامر سهل . ولو علم الانقطاع قبل الاجل ففی الخیار وجهان ، لم یرجح أحدهما فی القواعد والتذکرة و الدروس وغیرها ، ولکن الاولی العدم ، وفاقاً للروضة والمسالك وغیرهما، اقتصاراً فیما خالف الاصل الدال علی اللزوم علی المتیقن ، والتفاتاً الی عدم وجود المقتضی الان، اذ لم یستحق علیه شیئاً،ومنه یعلم وجه ترجیح تأخیر الحنث فی الحالف علی أکل الطعام غداً فأتلفه قبل الغد ، لتصریح غیر واحد بابتناء ماهنا علیه فلاحظ وتدبر .

ولو کان المسلم فیه یوجد فی بلد آخر ففی الدروس «لم یجب نقله مع المشقة ولا مع عدمها اذا کان قد عین البلد ، و الاوجب » لکن فی التذکرة « یحصل الانقطاع بأن لا یوجد المسلم فیه أصلا بأن یکون ذلك الشیء ینشأ من تلك البلدة ،وقد أصابته جایحة مستأصلة ، وهو انقطاع حقیقی ، وفی معناه ما لو کان یوجد فی غیر تلك البلدة، ولکن اذا نقل الیها فسد ، واذا لم یوجد الا عند قوم مخصوصین و امتنعوا من بیعه فهو انقطاع ، ولو کانوا یبیعونه بثمن غال فلیس انقطاعاً ، ووجب تحصیله ما لم یتضرر المشتری به کثیراً ، وان أمکن نقل المسلم فیه من غیر تلك البلدة الیها وجب نقله مع عدم التضرر الکثیر » ، وهو جید .

﴿و﴾ کیف کان ف ﴿لو قبض﴾ المسلم ﴿ البعض ﴾ من المسلم فیه و تعذر الباقی ﴿کان له الخیار فی الباقی﴾ بین الفسخ فیه ـ واسترداد ما یخصه من الثمن ، لوجود المقتضی فیه اذ احتمال کونه لتعذر الکل خاصة مقطوع بعدمه نصاً وفتوی ، وبین الصبر الی وجوده کتعذر الکل ، ﴿وله ﴾ أیضاً ﴿ الفسخ فی الجمیع ﴾ لتبعض الصفقة علیه بلا خلاف أجده فی شیء من ذلك ، لکن قد یشکل الاول بما ذکروه فی خیار العیب من أنه لیس له تبعیض الصفقة اختیاراً ، فلا یجوز له الفسخ فی أحد المبیعین صفقة اذا ظهر فیه عیب ، بل لیس لاحد المتبایعین الفسخ لو کان المبیع معیباً دون

الاخر ومثله آت في المقام .

أللهم الاأن يمنع عليهم كون المدرك في المنع هناك التبعيض بل الا جماع أوغيره ، كماسمعته سـابقاً فلاحظ فتأمل ، بل قـديشكل أيضاً بانه لا تبعض صفقة . وانما هو تأخير اداء لبعض المسلم فيه ، وما في صحيح عبدالله بن سنان (١) « عن أحدهما عليهما السلم أرأيت ان أوفاني بعضاً (أي من المسلم فيه) وعجز عن بعض أيجوز أن آخذ بالباقي رأس مالي؟قال : نعم ما أحسن ذلك » وغيره كصحيح الحلبي(٢) ونحوه ظاهر في نفي البأس عن أخذ ذلك بالتراضي منهما ، مع أنها لاظهور فيها في انقطاع المسلم فيه ، وعدم امكان تحصيله ، ويدفع بأن تأخير الاداء ولو في البعض كاف في ثبوت الخيار في الجميع للتضرر ، خصوصاً اذا قلنا بأن منشأ جواز الفسخ عدم حصول الشرط ، وعلى كل حال فقدصرح بعضهم بأن للبايع الخيار اذا اختار المشتري الفسخ في البعض ،لتبعض الصفقة عليه أيضاً،وقواه جماعة وهوكذلك اذالم يكن ذلك بتفريط منه وتقصير ، و اللّه اعلم .

المسألة ﴿التاسعة﴾ لاخلاف في أنه ﴿ اذادفع الى صاحب الدين عروضاً على أنها قضاء ﴾ عن الدين ﴿ولم يساعره احتسبت بقيمتها يوم القبض ﴾ بل في المسالك الاتفاق عليه ، وقال محمد بن الحسن الصفار(٣)« كتبت اليه في رجل عليه مال فلماحل عليه المال أعطاه به طعاماً أوقطناً أوزعفراناً ولم يقاطعه على السعر [الثاني] (٤) بعد شهرين أوثلاثة ارتفع الطعام والزعفران والقطن أونقص ، بأي السعرين يحسبه؟هل لصاحب الدين سعر يومه الذي أعطاه وحل ماله عليه أوالسعر الثاني بعد شهرين أو

(١-٢) الوسائل الباب -١١- من ابواب السلف الحديث -٢-١

(٣) الوسائل الباب -٢٦- من ابواب احكام العقود - الحديث ٥ مع اختلاف يسير

(٤) هكذا كان في النسخ المصححة لكن في الوسائل والتهذيب (فلما كان) وهو الصحيح .

ثلاثة يوم حاسبه فوقع عليه السلام ليس له الا على حسب سعر وقت مادفع اليه الطعام انشاءالله ».

ولا ينافيه قوله أيضاً «وكتبت اليه الرجل استأجر أجيراً يعمل له بناء اوغيره من الاعمال وجعل يعطيه طعاماً أوقطناً و غيرهما ثم تغير الطعام و القطن عن سعره الذى كان أعطاه ، الى نقصان أوزيادة أيحسب له سعره يوم أعطاه أوسعر يوم حاسبه؟ فوقع عليه السلام يحسب له سعر يوم شارطه فيه » بعد ارادة يوم القبض من يوم الشرط بناء على أنه يوم الشرط أولم يتغير السعر الابعد يوم القبض فلايقدح الفصل بينه و بين يوم الشرط ، خصوصاً بعد أن رواه في الكافي كذلك .

وبعد وضوح عدم الفرق بينه وبين الدين الذى قدحل فى كون المدفوع ملكاً للقابض الذى هوصاحب الدين ، وحيث كان من غير جنس الدين لوفرض كونه نقداً وجب ملاحظة قيمته فى ذلك الوقت حتى يكون وفاء، بل يكون كدفع المجانس. نعم قد يقال : مقتضى ذلك لوكان الدين عرضاً وقددفع عرضاً آخر وجب ملاحظة مايساوى العرض المدفوع من العرض الذى هودين في يوم القبض فيبرء منه بذلك المقدار ، لأنه يلاحظ القيمة فيهما ، لكن في المسالك لوكان الدين من غير النقد الغالب أحتسب أيضاً به يوم دفع العوض قضاء ، ولعل ذلك لعدم معرفة القيمة بغير النقد الذى هو المرجع فى أمثال ذلك ، وتنصرف اليه الاروش و الجنايات و غيرها ، ولوكان الدين قسما خاصا من النقد فدفع عنه آخر احتسب بما يساويه منه في يوم القبض ، كما استفاضت به النصوص ، منها مارواه ابراهيم بن ميمون (١) عن ابى عبدالله عليه السلام « فى الرجل يكون له على الرجل دراهم فيعطيه دنانير ولا يصارفه فتصير

---

(١) الوسائل الباب -٩- من ابواب الصرف الحديث - ٥ لكن عن يوسف بن أيوب شريك ابراهيم بن ميمون .

الدنانير بزيادة أو نقصان قال : له سعر يوم أعطاه » و فـى بعضها (١) تعليل ذلـك «بأنه قدحبس منفعتها عليه» والظاهر أن ذلك كناية عن انتقالها الى القابض ، وزوال ملك الدافع عنها ، وبه يحصل حبس منفعتها عنه ، و اذا انتقلت الىملك القابض سقط بازائهـا مـا يساويها من ذلك الدين بصرف ذلك اليوم ، لانهـا لم تنتقل اليه مجانا و انما انتقلت عوضا ، فلابد من سقوط عوضهـا ذلك اليوم بصرف ذلك اليوم الذى هو يوم المعاوضة ، و حينئذ فهو اشارة الى ما قدمناه هذا وتقدم ، ويأتى ماله نفع فى المقام اذ المسألة غير خاصة بالسلم وليست هى فى الحقيقة من البيع ، والاالوجب معرفة المقدار و غيره من أحكام البيع ، بل هى معاوضة مستقلة كما أن المسألة ﴿ العاشرة ﴾ كذلك لامد خلية لها فى السلم اذقدعرفت الحال فى بيعه قبل الحلول ، ﴿و﴾ بعده أما غيره ف ﴿ يجوز الدين بعد حلوله على الذى هو عليه﴾ بلاخلاف فيه بيننا ولااشكال بل﴿وعلى غيره﴾وفاقاللمشهور ، شهرة عظيمة كادت تكون اجماعا ، بل لعلها كذلك بعد انحصار الخلاف فى الحلى ، لوجود المقتضى و ارتفاع المانع عداما يحكى عنه من الاجماع المتبين خطاؤه فى تحصيله ، بعدم موافقة أحد ممن تقدمه أو تأخر عنه له فى ذلك ، بل ليس فيما حضرنى من نسخة السرائر ذلك ، وان أطال فى ترجيح ماذهب اليه من المنع ، بانه ليس بيع عين مشاهدة، ولامشخصة موصوفة ولاكلية موصوفة اذالاخير سلم وليس هو منه قطعا، كما أنه ليس من الاولين كذلك لعدم تعين الدين وتشخصه الابالقبض، بل أوردعلى نفسه أن الاجماع منعقد بغير خلاف على صحة بيع الدين و امضائه وعموم أخبار هم على ذلك،وأجاب بأنا عاملون بالاجماع و متبعون لظواهر القرآن فى بيع الدين على من هو عليه دون غيره،وظاهره وجود معقداجماع مطلق .

---

(٢) الوسائل الباب ـ ٩ ـ منابواب الصرف الحديث ـ ٢

وعلى كل حال فلاريب في ضعف قوله، اذ لامانع من كونه بيع عين موصوفة، وان لم يكن سلماً ولا مشخصة لعموم ادلة البيع، بل مقتضاها جواز البيع قبل الاجل كما هو صريح التذكرة و الروضة ، و ظاهر المختلف و اللمعة و جماعة ، و لامعارض لها ، اذ الاجماع المدعى انما هو في السلم خاصة ، ودعوى عدم الفرق واضحة المنع، كدعوى عدم الملكية للبايع قبل الاجل في نحو القرض المؤجل ، و مهر الزوجة و نحوهما من أفراد الدين ، و كذا عدم القدرة على التسليم بعد ما عرفت من عدم اعتبار القدرة فعلا في صحة البيع ، فما في الدروس و ظاهر الارشاد و محتمل النافع أو ظاهره من المنع ضعيف ،هذا كله في أصل جواز البيع .

و أما ما يباع به ﴿فان باعه بما هو حاضر﴾ مشخص ﴿صح﴾ بلا خلاف ولااشكال ﴿و﴾ كذا ﴿ان باعه بمضمون﴾ في العقد ﴿حال صح ايضاً﴾ لعدم صدق الدين عليه، ضرورة عدم كون المراد منه التأخير بل غاية المراد منه الكلي الصادق على أفراد متعددة، أما اذا كان مضموناً قبل العقد بان يكون مؤجلا ثم يحل الاجل فالمتجه فيه المنع، لانه بيع دين بدين كالحال بالمؤجل السابق ، واعتبار الاجل في الدين على تقدير تسليمه كما نص عليه بعض أهل اللغة بل نسب الى ظاهر بعض الاصحاب انما يراد منه اعتباره حين ثبوته بمعنى ان الدين ما يضرب فيه الاجل اول مرة ، ولاينافيه خلوه عنه في ثاني الحال ، و لذا اطلق الاصحاب على الدين بعد حلول أجله لفظه اطلاقاً حقيقياً و هو المتداول عرفاً و لايصح السلب عنه فيه حينئذ .

لكن في الرياض في شرح عبارة النافع التي هي كعبارة المتن هنا ، اطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين ما لو كان مؤجلا ثم حل الاجل أو كان غير مؤجل في الاصل ، كما اذا بيع بدينار كلي غير مستقر في ذمته قبل البيع ، و لااشكال فيه لما مر ، مع عدم صدق الدين عليه حقيقة كما ياتي ، و يشكل في الاول ان لم يكن اجماع كما هو ظاهر الروضة حيث جعل الجواز أقوى و هو مشعر بل ظاهر في

وقوع الخلاف ،ووجهه قوة احتمال صدق الدين عليه ، بناء على تضمنه الاجل ،ولو في الزمان السابق على العقد ، فيلزم حينئذ بيع الدين بالدين ، ووجه الجواز اما الشك في الصدق، أو لزوم الاقتصار في المنع في بيع الدين بالدين المخالف للاصل على محل الوفاق، وليس منه محل الفرض ، لوقوع الخلاف، والخبر المانع عنه وان كان عاماً الا انه قاصر سنداً يشكل الاعتماد عليه فيماعدا الاجماع .

وربمايوجه باختصاص الدين بالمؤجل كما في كلام الاصحاب وجماعة من أهل اللغة ، ومحل الفرض بعد انقضاء أجله ليس كذلك الى آخره ، وهو من غرائب الكلام، ضرورة ظهوره في أن الجواز بالمضمون السابق مظنة الاجماع ، و فيه أن المـراد بالمضمون في كلام الاصحاب ماقابل العين ، أي الكلي في العقد فلا يشمل المضمون سابقاً ، بل ينبغي القطع بذلك ، اذ لا خلاف بينهم في أن بيع المضمون المؤجـل سابقاً بمضمون سابقا كذلك من بيع الدين بالدين ، سواء كانـا حالين أو مـؤجلين أو أحدهما حالا والاخر مؤجلا ، انما البحث فيما صار ديناً بالعقد ، وهو الذي أشار اليه المصنف بقوله .

﴿وان اشترط تأجيله﴾ أي الثمن في بيع الدين بعد حلوله ﴿قيل﴾ والقائل المشهور ﴿ يبطل لانه بيع دين بدين ﴾ فيشمله النص والاجماع ﴿ وقيل يكره وهو الاشبه ﴾ عند المصنف و جماعة ، للاصل و العمومات التي يجب الاقتصار في الخروج عنها على المتيقن ، وهو ماكان عوضاً حال كونـه ديناً ، كما هـو مقتضى تعلق الباء به ، والمضمون عند العقد ليس بـدين ، وانمـا يصير ديناً بعده ، فلـم يتحقق بيع الدين به والآزم مثله في بيعه بالحال الذي لم يعرف من أحد المنع فيه ، والفرق غير واضح . ودعوى اطلاق اسم الدين عليه ان ارادوا به قبل العقد فممنوع ، و بعده فمشترك بين الحال و المؤجل ، فيلزم أن لايصح بحال كما عـرفت ، و اطلاق بيع الديـن بالدين عليه عرفاً مجاز ، على معنى أن الثمن بقي في ذمته دينـاً بعد

البيع ، ولو اعتبر مثل هذا الاطلاق جاء مثله في الحال اذا لم يقبضه ، خصوصاً اذا امهله به من غير تأجيل .

وفيه منع كون المراد من النص ذلك لاغير ، وتعلق الباء أعم ، اذ يمكن كون المراد المنع من بيع الدين بالدين المقابل للعين والحال اى لاتبع الدين بهذا الصنف من البيع فيكون التعريف اشارة الى هذا القسم من البيع المعهود فى الذهن و حينئذ فأظهر الفردين المؤجل فى العقد لا العكس وقد تقدم فى تأجيل ثمن السلف ما يستفاد منه المفروغية من تناول بيع الدين بالدين للمؤجل ثمنه بالعقد، وأنه من الواضحات فلاريب حينئذ فى أن الاشبه خلاف ماذكره المصنف .

وقد تحصل من مجموع ماذكرنا المنع من بيع الدين السابق بالدين السابق فى الصور الاربعة أى الحالين و المؤجلين و المختلفين ، واما اذا كانا مضمونين بالعقد فالمؤجلان منهما لاريب فى بطلانه ، بل يمكن اندراجه فى بيع الكالى بالكالى وقد عرفت الحال فيه فى تأجيل ثمن السلف اذ هو هو ، والحالان منهما لااشكال فى صحتهما للعمومات كالمختلفين ، وأما اذا كان احدهما مضمونا بالعقد و الاخر قبله فان كان المضمون سابقاً سلماً لم يجز بيعه قبل حلوله مطلقا وجاز بعده اذا كان الثمن حالا ، وان لم يكن سلما جاز قبل حلوله بعين حاضرة ، وبكلى مضمون بالعقد حال لا مؤجل على الاقوى ، ولو جعل المضمون سابقا ثمنا لعين او كلى حال جاز قطعا اذا كان حالا ، من غير فرق بين السلم وغيره وان كان مؤجلا فوجهان ، اذا كان سلما أقواهما العدم ، بناء على عدم الفرق فى المنع بين جعله ثمنا او مثمنا قبل حلول اجله وان لم يكن سلما فالاقوى الجواز بل ينبغى القطع به اذ هو كالعكس فتأمل جيداً .

وقد تلخص مما ذكرنا جواز بيع الحال بالحال مع عدم أجل لهما فى السابق فضلا عن الحالين بالعقد ، وعن الحال كذلك بالمؤجل السابق أو بالعقد ، لما عرفته من عدم ارادة ما يشمل الكلى المضمون حالا ، وقيمة المغصوب ونحوها من بيع الدين بالدين

ومدارالبحث على اعتبار الاجل فى صدق اسم الدين هنا وصدقه عليه بعد حلوله و على عدم اعتبار سبق الدينية فى صدق بيع الدين بالدين والله العالم .

المسألة ﴿الحادية عشر﴾ لاخلاف فى انه ﴿اذا أسلف فى شيء وشرط مع السلف شيئا معلوما صح﴾ من غير فرق بين الرهن و الضمين و غيرهما وان كانا معقد نفى الخلاف المحكى عن التذكرة ، اذ المدرك فى الجميع وهو عموم الوفاء بالعقود ، و المؤمنون ، وغيرهما ممادل على صحة الشرط متحد ، ونهى النبى صلى الله عليه وآله و سلم (١) «عن السلف و البيع ، و عن البيعين » فى الخبر القاصر سنداً المجمل دلالة غير معارض ، خصوصا بعد ما قيل من ان المراد منه النهى عن بيع من من طعام مثلا حالا بكذا ، و سلفا بكذا ، و قد تقدم الكلام فيه سابقا ، فعموم أدلة الشرائط حينئذ بحالها لامعارض لها . نعم يعتبر فى الشرط المعلومية و نحوها كما فى غير السلم من انواع البيع ، و ليس الشرط فى عقد السلم سلما بل ليس هو فى عقد البيع بيعا بل هو مملك مستقل فى عقد البيع .

﴿و﴾ حينئذ ف ﴿ لو أسلف فى غنم وشرط اصواف نعجات معينة﴾ اتجه ما نسبه المصنف الى القيل بقوله ﴿ قيل : يصح ﴾ والقائل الشيخ والفاضل والشهيدين والمقداد والكركى وغيرهم ﴿ و قيل ﴾ كما عن السرائر ﴿لا﴾ يصح ﴿وهو الاشبه﴾ عند المصنف والموجود فى السرائر ان جعل فى جملة السلف اصواف النعجات المعينة فلا يجوز السلف فى المعين، وبيع الصوف على ظهر الغنم أيضا لايجوز سواء كان سلفاً او بيوع اعيان وهو غير ما نحن فيه، اذ لاريب فى البطلان اذا جعله من جملة السلف لمعلومية اشتراط كونه مضمونا فى الذمة، انما الكلام فى ملكها بالشرط فى عقد السلم و هو ليس سلما بل ولا بيعا غير سلم ، فلو قلنا بعدم جواز بيعها لانها من الموزون ـ مع أن الاصح

---

(١) الوسائل الباب ـ ٧ ـ من ابواب احكام العقود الحديث ـ ٢

الجواز مع المشاهدة لعدم موزونيتها بهذا الحال كالثمرة على النخل ـ أمكن القول بالجواز من حيث الشرط لعموم أدلته، اللهم الا ان يدعى رجوع الجهالة الى أحد العوضين، و فيه منع واضح.

وعلى كل حال فماذكره من المنع فيمافرضه ليس ممانحن فيه : وبذلك ظهر انفراد المصنف في مختاره نعم حكي عن تلميذه الابي أنه مال اليه أوقال به، ولاريب في ضعفه ان أريد البطلان من حيث الاشتراط في عقد السلم، أمااذا اريد به بطلان هذا الشرط في نفسه من غير فرق بين السلم وغيره فله وجه، وان كان الاوجه خلافه خصوصاً بناء على التحقيق من جواز البيع على الظهر مع المشاهدة.

كما أنه ظهر بماذكرناه مافي رد المختلف على ابن ادريس فانه بعد أن حكى كلامه قال : يجوز اذا كان الصوف مشاهداً أن يكون شرطا في السلم لاجزأ من البيع ثم قال: ولو فرضنا جزأ لم يكن محالا لانه يجوز السلف حالا فيمكن أن يكون بعضه كذلك ونحوه في المسالك وغيرها اذفيه أنه ان جاز كونه حالا فلابدان يكون كليا في الذمة ولايجوز ان يكون مشخصا واحتمال ارادته بالجواز حالا انه يباع بلفظ السلم خلاف الظاهر، هذا. وعن المهذب البارع ان موضوع المسألة أن يكون شرط الاصواف أن تجز حالا، فلو عينها وشرط تأجيل الجز الى أمد السلف أو شرط اصواف نعجات في الذمة غير مشاهدة لم يصح قولا واحداً، و كانه نظر الى ظاهر ماوقع فيه الخلاف، والافالاجماع ممنوع كمااعترف به في المسالك و غيرها.

وفي حواشي الشهيد «التحقيق أنه ان كان شرط الصوف الموجود أومايتجدد مقيداً بمدة معينة صح، وان لم يكن موجوداً حال الشرط لم يصح» بل عن ايضاح النافع انه بعد ان ذكر ماذكر الشهيد قال : «وان شرط الصوف مؤجلا ففيه نظر، ولعل الاقرب الصحة، لان المشروط لايشترط معرفته ولاحصوله، فانه قد يشترط حمل الامة والشجرة فيكون معناه ماتحمل ان حملت».

وفى المسالك بعد أن قوى الصحة مع شرط الجزء حالا والاطلاق قال : «ولو شرط تأجيل الجزالى أجل السلم فلا يخلو اما أن يشترط دخول المتجدد اولا ، وفى الاول يحتمل الصحة ، لانه شرط مضبوط ، وقد صرح جماعة من الاصحاب بجواز مثل ذلك فى الصوف واللبن استقلالا ، ونحن فيما سلف شرطنا فيه كون المجهول تابعاً، فحينئذ لااشكال ايضاً مع الشرط ، وفى الثانى يبنى على امرين، احدهما ان شرط تأجيل الثمن اذا كان عيناً هل هو جايز ام لا والحق جوازه . بل ادعى عليه فى التذكرة الاجماع ، ومثله الثمن المعين ،والثانى ان اختلاط مال البايع بالمبيع هل هو مانع من صحة البيع ام لا ولاشبهة فى عدم منعه ، وقد تقدم نظيره فيمن اشترى لقطة او جزة وآخر قطعها فامتزجت بمال البايع ، وحينئذ فطريق التخلص الصلح قلت : وبهذا يظهر لك ما فى اجماع المهذب ، بل لايبعد جواز ماذكره من الصورة الاخيرة اذا فرض الضبط على وجه ترتفع به الجهالة القادحة فى الشرط ، والله اعلم .

﴿ولو شرط﴾ المسلم اليه ﴿ان يكون الثوب من غزل امرأة معينة ، او الغلة من قراح بعينه لم يضمن﴾ المسلم اليه المسلم فيه اى لـم يصح السلم ، فلا ضمان ، اذ هو لازم لها ،وعلله فى المسالك بامكان ان لايتفق ذلك للمرأة بأن تمرض او تموت او تترك العمل امكاناً مساويا لنقيضه ، وكذا القراح يمكن ان يخيس ، ولا يظهر منه مايطابق الوصف وهو جيد ، واجود منه قوله والضابط اعتبار مالا يتخلف عنه المسلم فيه عادة ، كالبلد الكبير بالنسبة الى الارض والاهل ، بل ظاهره قبل ذلك عند البحث عن السلم فى الجلود انه لااشكال فى جوازه مع اشتراط الغلة من قرية معينة لايخيس عادة ، وهو كذلك ، وعليه يحمل الصحيح (١) «عن رجل اشترى طعام قرية بعينها فقال لابأس ان خرج فهو له ، وان لم يخرج كان ديناً عليه» وفى الخبر الاخر (٢) «الرجل

(١-٢) الباب -١٣- من ابواب السلف الحديث-١-٣

يشتری طعام قرية بعينها وان لم يسم له قرية بعينها اعطاه من حيث شاء » .

لكن فی تقييده ذلك بالنسبة الى الارض و الاهل لايخلو من مناقشة ، الا ان يكون المراد مندارتفاع عزة الوجود بذلك ، لكثرة الاهل والارض فهوليس كامرأة معينة ، و لاكقراح معين ، كما أن تعليل اصل الحكم فی الرياض لايخلو منها أيضاً

قال: «المسألة الثانية لايجوز استناد السلف الی معين ،لانه ابتياع مضمون كلی فی الذمة غير مشخص ، الا بقبض المشتری ، و يتفرع عليه أنه لو شرط ثوباً من غزل امرأة بعينه ،أوغلة من قراح ، أی مزرعة معينة لم يضمن ولايصح ، لان تشخيص المسلم فيه بأحد الامور المزبورة خروج عن حقيقة السلف ، كمامرت اليه الاشارة .

نعم لو استند الى معين قابل للاشاعة ولايقضی التعيين فيه الی عسر التسليم عادة جاز ، كما لوأسلف على ماءة رطل من تمر البصرة ، فان ذلك يجری مجری الصفات المشترطة فی السلف كالحدارة و الصرابة ، وعليه يحمل الخبران » وفيه أنه لادلالة فی الشرط المزبور على التشخيص المذكور ، فالمدار فی المنع فيه ونحوه على عزة الوجود وغلبته التی قد عرفت البحث فيها ، و انها ترجع الى القدرة على التسليم أولا فلاحظ وتأمل والله اعلم .

(المقصد الرابع)

من المقاصد التی استدعاها النظر فی السلف (فی الاقالة) وان كانت هی غير مختصة ، فيه بل ولا مختصة بالبيع و لذا كان الاولی جعلها بمنزلة الخاتمة لكتاب البيع كمافعله بعضهم الا انه لمامنع بعض العامة وقوعها فی بعض السلف ناسب جعل البحث فيها مقصداً من مقاصده كمناسبة جعل القرض ودين المملوك كذلك لاشتراك الجميع فی تحقق صدق الدين والامر سهل.

وعلی كل حال فلاريب فی مشروعيتها بل رجحانها للنادم المسلم قال الصادق (عليه السلام)

فى خبر ابن حمزة(١) «أيما عبد أقال مسلماً فى بيع أقال الله عثرته يوم القيمة» وأرسله فى الفقيه ، لكن قال : «أيما مسلم أقال مسلماً ندامة فى البيع وقال ايضاً فى خبر سماعة بن مهران (٢) «اربعة ينظر الله عزوجل اليهم يوم القيمة أحدهم من أقال نادماً» وفى مرسل الجعفرى(٣) «ان رسول الله صلى الله عليه وآله لم يأذن لحكم بن حزام فى التجارة حتى ضمن له اقالة النادم» الحديث الى غير ذلك من النصوص .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿هى﴾ عندنا ﴿فسخ فى حق المتعاقدين﴾ أو ورثتهما ، بناء على قيامهم مقامهما فى ذلك ، كما صرح به فى التذكرة ﴿وغيرهما﴾ كالشفيع ، لابيع سواء كان المبيع عقاراً أو غيره ، وسواء وقعت قبل القبض أو بعده ، وسواء كانت بلفظ الاقالة أو الفسخ ، بل لو وقعت بلفظ البيع بناء على صحتها به اذا كان المقصود بـه محض الفسخ ، كما فى التذكرة ، وظاهر جامع المقاصد ، وان كان لا يخلو من اشكال ، خلافاً لمخالفينا فبين مطلق أنها بيع ، ومقيد لها فى حق الشفيع ، وآخر بالعقار ، ورابع بما بعد القبض ، وخامس اذا كانت بلفظ الاقالة ، ولا ريب فى ضعف الجميع ، لعدم قصد معنى البيع ، بل المقصود خلافه ، ورد الملك ليس تمليكاً جديداً فلا يجرى عليها شيء من احكام البيع ، بل ولا غيره من المعاوضات الموجبة ملكاً جديداً لما عرفت من انها تفيد رد الملك بفسخ العقد الذى قد اقتضى خلافه .

﴿و﴾ من هنا ﴿لا تجوز الاقالة بزيادة عن الثمن﴾ لعدم ما يصلح مملكاً للزيادة المفروضة ﴿ولا نقصان﴾ لعدم ما يصلح مملكاً لما بقى من الثمن مثلا بعد فسخ

---

(١) الوسائل الباب -٣- من ابواب آداب التجارة الحديث - ٢

(٢-٣) الوسائل الباب - ٣ - من ابواب آداب التجارة الحديث -٥-١

العقد فيما قابله تماماً ، بلا خلاف اجده فيهما الا ما حكاه الشهيد في حواشيه عن الاسكافي قال : واو اصطلح المتبايعان بزيادة او نقيصة صح عند ابن الجنيد ، والاصحاب على خلافه ، لانها فسخ لا بيع ،قلت : مضافاً الى صحيح الحلبي (١) عن ابي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه ثم رده على صاحبه فأبى ان يقبله الا بوضيعة قال: لا يصلح له ان يأخذه بوضيعة فان جهل فأخذه فباعه باكثر من ثمنه رد على صاحبه الاول مازاد » .

بناء على ان مبنى ذلك فساد الاقالة وبقاء الثوب على ملك المشتري، بل الظاهر عدم الصحة حتى لو ذكرت الزيادة والنقيصة بصورة الشرط الذي هو مملك بنفسه وان كان بواسطة العقد ، لبطلان هذا الشرط باعتبار مخالفته لمقتضى الاقالة التي هي بمعنى الفسخ، ورد كل عوض الى مالكه .

﴿ و﴾ حينئذ ﴿ تبطل الاقالة بذلك لفوات الشرط ﴾ في صحة عقد الاقالة كالمعلومية في المبيع أو فوات الشرط في ضمن عقدها الذي علق الرضاء بالفسخ عليه، كما في كل شرط فاسد في العقد ، بناء على فساد العقد بفساده بل ربما ظهر من بعضهم عدم بناء ذلك على الخلاف في اقتضاء فساد الشرط فساد العقد وعدمه اما لخصوص النص المزبور المتمم بعدم القول بالفصل ، بناء على أن المراد منه ما يشمل المعاوضة والشرطية ، وان ذكر لفظ الباء بل لعله الظاهر منه عند التأمل، أولان بطلان الشرط هنا باعتبار منافاته لمقتضى العقد كما عرفت ، ولا خلاف في اقتضائه فساد العقد لعوده عليه بالنقض ، انما الخلاف في غيره أو لغير ذلك .

لكن لا يخفى عليك ما في ذلك كله من النظر ان لم يقم اجماع عليه، كما لعله الظاهر من بعضهم حتى أنه صرح بأنه لا فرق في المنع عن الزيادة و النقيصة بين الحكمية

---

(١) الباب - ١٧ - من ابواب احكام العقود الحديث ١

والعينية، فلو أقاله على أن ينظره بالثمن أو يأخذ الصحاح عوض المكسر ونحوه لم يصح ولكنك خبير بأن ذلك ان تم فهو في خصوص زيادة الثمن و نقصانه عيناً أو حكماً كانظار الثمن واعطاء الصحيح عوض المكسر كما صرح به في التذكرة وغيرها، أما اذا لم يرجع الى شيء من ذلك بحيث يكون شرطاً خارجاً عن الثمن ، فقد يقال : ان مقتضى عموم «المؤمنون» وغيره صحته ، وليس هذا تمليكا بالاقالة بل هو بالشرط الذى الزمه عقد الاقاله ، ودعوى رجوع كل شرط الى زيادة الثمن و نقصانه واضحة المنع، اللهم الا أن يقال : ان فائدة الشرط التسلط على فسخ العقد الذى قد اشترط فيه ان لم يوف بالشرط ، ولذا قيل ان الشرائط فى العقود اللازمة انما هى للزومها ، بل قيل ان فائدتها قلب اللازم جائزاً من اول الامر وان كان التحقيق خلافه .

وعلى كل حال فهو غير صحيح فى الاقالة لعدم معهودية تزلزل الفسخ، فلا يصح فسخ الاقالة حينئذ بعدم الوفاء بالشرط، ويعود العقد على ما كان ، فلا يصح أصل الشرط، وفيه منع انحصار فائدة الشرط فى ذلك ، اذ لا مانع من كونه حينئذ كالشرط فى العتق والوقف ونحوهما مما لا يتسلط المشترط به على الفسخ ، وأن المراد به مجرد الالزام وانسلاخ الشرطية التى هى بمعنى التعليق منه غير قادح ، لكن ومع ذلك كله فالمسألة لا تخلو من اشكال . وان كان مقتضى ذلك عدم جواز اشتراط الخيار فى الاقالة ، بل ولا يتسلط على فسخها بعيب ونحوه لما عرفت ، بل مقتضاه ايضاً عدم الجواز فى معاطاتها ، بناء على صحتها فيها للسيرة المستمرة ، و أنها تفيد فائدة عقدها كمعاطاة البيع فى افادة الملك ، لصدق اسمها عليها ، لما عرفت من أن الفسخ متى تحقق لزم ، لعدم معهودية تزلزله ، فلا يكون فرق حينئذ فى ذلك بين المعاطاة و العقد ، بخلافه فى البيع ونحوه ، فان المعاطاة فيه وان افادة الملك الا انه يصح الرجوع فيه قبل التلف والتصرف ، بخلاف العقد .

نعم قد يمنع كون الاقالة من العقود المصطلحة، ولذا لم يصرح الاكثر ان لم يكن

الجمیع بکونها عقداً ، بل اقتصروا علی أنها فسخ ، بل أطلق فی الدروس وقوعها بقول تقایلنا وتفاسخنا ومقتضاه واومع الاقتران ، بل صرح بذلك فی الروضة ولو أنها منها لوجب فیها تقدیم الایجاب علی القبول ، بل احتمل فی الدروس قیام الالتماس مقام قبولها ، فیجری حینئذ الالتماس علیها من أحدهما فیقول الاخر أقلتك ، بل احتمل الاکتفاء بالقبول الفعلی لوقال أحدهما ابتداء من دون سبق التماس أقلتك ،ومن المعلوم عدم الاجتزاء بنحو ذلك فی العقود اللازمة ، فرجع حاصل المسألة الی ان الاقالة کفسخ الخیار ،وان افترقا بتوقفها علی تراضیهما به فیها ـ بخلافه ، فکل لفظ دل علیه یکتفی به، وأما الافعال المقصود ارادة الفسخ بها الدالة علیه فقد یقال: بالاجتزاء بها ، لکون المدار علی ما یدل علی طیب النفس بالفسخ ،کما عساه یشعر به خبر هذیل بن صدقة الطحان (۱) قال: «سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل یشتری المتاع أو الثوب فینطلق به الی منزله ولم ینفذ شیئاً فیبدوله فیرده هل ینبغی ذلك له؟قال : لاالا أن تطیب نفس صاحبه» ویحتمل العدم اقتصاراً علی المتیقن ، وکذا الکلام فی المرکب من القول والفعل علی اختلاف الاحتمالین قوة وضعفا فی الایجاب والقبول.

وعلی کل حال فذاك علی تقدیر الفسخ به لیس من المعاطاة التی ذکروها فی عقود المعاوضات ، وکان منشأ توهم عقدیتها حتی انقدح منه البحث فی جریان المعاطاة فیها وجود صورة العقد فی بعض عباراتها ، وهو أقلتك وقبلت ومراعاة الاتصال بینهما، ونحو ذلك من احکام العقد ، لکنك خبیر بأعمیة ذلك من العقد الذی یـذکـر فیه حکم المعاطاة فتأمل جیداً ومن ذلك ینقدح ان المراد بالبطلان مع اشتراط الزیادة والنقصان من حیث کون ذلك شرطاً فی صحتها ، کالمعلومیة فی المبیع لامن حیث الاشتراط فیها ، وانه شرط باطل ، بل لعل ذلك اولی مما ذکرناه سابقاً فـی شرح

(۱) الوسائل الباب ـ۳ـ من ابواب آداب التجارة الحدیث ـ ۲

العبارة ، والله أعلم .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿تصح الاقالة في﴾ جميع ماوقع عليه ﴿العقد و في بعضه سلماً كان﴾ العقد ﴿اوغيره﴾ لاطلاق ادلة الاقالة معتضدا بعدم الخلاف فيه عدا ما حكاه الشهيد في حواشيه عن ابن المتوج اذا اتحد البائع و المشتري و العقد فان الاقالة لاتصح الافي الكل دون البعض رادا عليه بان المنقول خلافه ، بل ضعفه واضح ودعوى عدم معقولية الفسخ في البعض دون البعض غير مسموعة كدعوى ان الاقالة في بعض السلم مطلقا اواذالم يكن يسيراً مستلزم مادنهى النبي صلى الله عليه وآله عنه من البيع والسلف في بيع واحد، (١) لانه اذااقاله في بعض وردبعض رأس المال يصير في معنى القرض لانه رد مثله ويصير الباقي بيعاً .

وفيه مع أن السلف حينئذ بمعنى القرض لاالمصطلح أنه منقوض بارش العيب وباليسير بناءعلى جوازها فيه ، ورد المثل لايوجب كونه قرضاً . والالازم كون البيع اذاأقيل ولم يكن العوض موجوداً كذلك ، على أنه قد يمنع الاجتماع، لانه انمايكون اذا شرط في البيع ذلك ، واما لوأسلفه شيئاً و باعه شيئاً آخر و لم يشترط أحدهما في الاخر جازعندهم ، ويمكن ارادةالمستدل بناء على أن الاقالة بيع، وقدعرفت بطلانه كل ذلك بعد التسليم الخبر المزبور و تسليم كون المراد منه ذلك ، فلاريب حينئذ في جواز الاقالة في الكل و البعض في السلم وغيره ، و يتقسط الثمن حينئذ على النسبة ، و الجهالة في مثله غير قادحة قطعاً : نعم في التذكرة لو اقاله في بعض السلم ليعجل له الباقي، أوعجل المسلم اليه البعض ليقيله في الباقي فهي فاسدة ، أما لوقال المسلم اليه عجل لي حقي وأخذ دون مااستحقه بطيبة من نفسه كان جائزاً ، لانه نوع صلح وتراض والله اعلم .

---

(١) الوسائل الباب -٧- من ابواب احكام العقود الحديث - ٢

٭(فروع ثلاثة)٭

﴿الاول﴾ قد ظهر لك أنه ﴿لاتثبت الشفعة بالاقالة﴾ ولاخيار مجلس ولاصرف ولاغيره من أحكام البيع ، ﴿ لانها تابعة للبيع ﴾ و هى فسخ ليست بيعاً ، عندنا ، لافى حق الشفيع و لاغيره ، بل ولا عقد معاوضة فلايجرى عليها شيء من احكام عقود المعاوضة .

الفرع﴿الثانى﴾ من الواضح أنه ﴿ لاتسقط أجرة الدلال ﴾ والوزان والناقل و نحوهم بالتقايل ، لسبق الاستحقاق الذى لا ينافى ثبوته القايل الطارى الذى هو فسخ من حينه .

الفرع﴿الثالث: اذا تقايلا رجع كل عوض الى مالكه ﴾ لانفساخ العقد الذى نقلهما عنهما وحينئذ ﴿ فان كان موجوداً ﴾ عندهما على مقتضى العقد الذى تقايلا فيه ﴿ أخذه و ان كان مفقوداً ﴾ مثلا ﴿ ضمن بمثله ان كان مثلياً و الا بقيمته﴾ يوم التلف كما صرح به جماعة كنظائره ، لان الضمان متعلق بالعين مادامت ، فاذا تلفت تعلق بقيمتها يومئذ ، و ليس المراد من الضمان اشتغال الذمة بالقيمة يوم التلف ، اذ لا يعقل اشتغال ذمة المالك بقيمة ماله ، بل المراد قيام القيمة يوم التلف مقام العين فى صحة تعلق الاقالة ، لمعلومية بدلية المثل و القيمة عن العين فى كل ما يتعلق بها ، وربما احتمل القيمة يوم القبض لانه ابتداء الضمان ، وضعفه واضح ، كوضوح ضعف احتمال الاعلى من يوم القبض الى يوم التلف أو الاقالة .

نعم قد يقال : بضمان القيمة يوم الاقالة ، لانه يوم التعلق ، و فيه ان الاقاله لاتشغل ذمة ، بل ليست الافسخا للعقد ، فلابد من قيام بدل العين قبلها ، اللهم الا ان يقال ان القيمة يوم التلف قامت مقام العين ، فمع فرض تغيرها الى يوم الاقالة تقوم كل

قيمة مقام الاخرى الى قيمة يوم الاقالة ، اذ ليس قيام القيمة يوم التلف مقام العين بأولى من قيام كل من افراد القيمة عن الاخر، بل هو اولى ، بل الظاهر الذى قام مقام العين كلى القيمة، وان قارنت تلك الخصوصية فى يوم التلف ، ولا تشغل ذمة بها حتى يتشخص، فيبقى كل فرد من افرادها قائماً مقام الاخر الى يوم الاقالة ، فيتعين ذلك الفرد ، لانه هو الذى قارن الاستحقاق، فتأمل جيداً فانه دقيق ، ومنه يظهر الفرق بين القيمة فى الاقالة وبين الاقالة فى تلف المغصوب .

وعلى كل حال فالتلف غير مانع من صحة الاقالة كما انه غير مانع من الفسخ بالخيار، للاطلاق الادلة. نعم ينافيها التلف بناء على أنها بيع لعدم معقولية بيع المعدوم. نعم احتمل فى التذكرة فيما لو اشترى عبدين فتلف أحدهما صحتها على هذا التقدير ، لانها تصارف القائم فيستتبع التالف ، مع ان الاقوى خلافه ، ولو تقايلا و المبيع فى يد المشترى، نفذ تصرف البايع فيه ، لانها فسخ ، ولا يصح بناء على أنها بيع ، وأنه لايجوز التصرف فى المبيع قبل قبضه ، ولو تلف فى يده انفسخت الاقالة بناء على أنها بيع، لان كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه ، وصحيحة عندنا الا ان الظاهر كونه مضموناً على المشترى لانه مقبوض على حكم العوض كالمأخوذ قرضاً و سوماً ، لكن فى التذكرة ان الواجب فيه ان كان متقوما ، أقل القيمتين من يوم العقد و القبض ، و فيه بحث ، و كذا لو تعيب فى يده فانه ياخذ الارش منه عندنا ، أما على أنها بيع تخير بين اجازة الاقالة مجاناً و بين فسخها وأخذ الثمن ، بناء على أن حكم البيع كذلك ، ولو كان العيب فى يد المشترى قبل الاقالة اقتصر عندنا على أخذ الارش ، لانه كتلف الكل ، أما على البيع و الجهل به يتجه جواز الرد ، الى غير ذلك مما لايخفى عليك جريانه على القولين . نعم ينبغى أن يعلم أن الاقالة تسبب رد كل من العوضين الى المالك اذا كان باقياً على مقتضى العقد الاول أما اذا فرض أن المشترى مثلا باعه ثم استوهبه ، أو اشتراه أو ورثه أو نحو ذلك ، فقد يقال : بعدم اقتضاء الاقالة رد العين

ضرورة عدم اقتضاء فسخ العقد الاول ذلك ، لان الفرض انتقاله اليه بعقد آخر ، مع احتمال القول بأنه بالاقالة يخاطب بردالعين مع التمكن منها كيف ماكان ، و فيه منع واضح ، ولذالايجب عليه شراؤها وان كان متمكناً منه ، بل قديقال : بعدم وجوب الفسخ عليه لو فرض انتقالها عنه بعقد جائز أللهم الاأن يدعى ان الاقالة منه فسخ له ، وفيه منع بل قديقال : بعدم و جوب دفع العين لوكان قدفسخ العقد بعد الاقالة ، لانه دخول جديد في ملكه بعد تعلق حق المقال بالقيمة ، وان كان لايخلو من نظر ، فتأمل جيداً والله اعلم .

وعلى كل حال فقول المصنف ﴿وفيه وجه آخر﴾ فسره في المسالك بأن القيمي يضمن بمثله ، ثم ضعفه وهو كذلك ، بل لم يعرف نقل هذا الوجه عن أحد في نظائر المسألة ، وربما فسر بعدم صحة الاقالة مع التلف ،وهو أضعف من السابق ، اذ لاخلاف بيننا في صحتها معه نعم في التحرير بعد أن صرح برد الثمن مع الاقالة ان كان باقياً ، ومثله ان كان تالفاً أو قيمته ان لم يكن مثلياً قال : «لو تقايلا بالثمن رجع كل عوض الى مالكه ،فلو كان المعوض تالفاً فالوجه صحتها ، وكان الحكم كماقلناه في الثمن» وظاهره الفرق بين الثمن والمثمن حيث جزم في الاول وجعله الوجه في الثاني ، لكن ضعفه واضح والله أعلم .

الى هنا تم الجزء الرابع والعشرون من كتاب جواهر الكلام بحمدالله ومنه وقد بذلنا غاية جهدنا في تصحيحه ومقابلته المنسخة المصححة التي قوبلت بنسخة الاصل المخطوطة المصححة بقلم المصنف طاب ثراه وقد خرج بعون الله تبارك و تعالى خاليا من الاغلاط الا نزرا زهيدا زاغ عنه البصر ويتلوه الجزء الخامس والعشرون في أحكام القرض انشاءالله تعالى .

علي الاخوندي

فهرس الجزء الرابع والعشرون من كتاب جواهر الكلام

جدول الخطاء والصواب

الصحيفة	السطر	الخطاء	الصواب	الصحيفة	السطر	الخطاء	الصواب
٥	١٢	باالدنانير	بالدنانير	١٦٩	١١	التعليل	تعليل
١١	٨	بديع	بدين	١٧٣	ع	البعد	العبد
١١	١٦	الدارهم	الدراهم	١٧٧	١٤	جريته	جريرته
١٣	٣	فاالتحقيق	فالتحقيق	١٨١	ع	مامكه	مالكه
١٨	١٣	❋(جميع❋	❋جميع)❋	١٥٤	٨	السابق	السابق)❋
٤٥	٢	الى التفاضل	اى التفاضل	١٥٨	٢٠	مملكوكه	مملوكه
٤٩	١	اختلفت	اختلاف	١٦٦	١٨	ولوقال له	ولوقال له)❋
٧٠	٦	الارشارد	الارشاد	١٦٦	١٨	ولاخسران	❋(ولاخسران
٧٥	٢	بعظه	بعضه	٢١٤	٥	الحبلى	الحبالى
١٠٦	٣	اتحادمع	مع اتحاد	٢٥٤	٩	ويشخنا	وشيخنا
١٠٦	١٩	الاخراد	الافراد	٢٦٤	١٧	جميعا	جمعاً
١٢٢	١٠	للتمن	للمثمن	٢٧١	٨	اللهم	اللهم الا
١٢٥	١٩	لوتقلبها	لوتقبلها	٣٠٥	٤	فالاقرت	فالاقرب
١٣٤	٤	المضاف	المنساق	٣١٨	١٢	القريب	الغريب
١٥٣	ع	الحيوان	الحيوان حدث	٣١٩	٢	مفارقة	مفارقته
١٦٧	١١	الاحوال	الاموال	٣٣٠	١٠	لم يتعين	لانه لم يتعين
١٦٩	ع	ومحاسبا	ومحاسنها	٣٥٦	١٣	اذاالشرط	اذاشرط

بسمه تعالى

كلمة شكر و تقدير

بحمدالله والمنة تم الجزء الرابع والعشرون من كتاب جواهر الكلام وقدقابلنا بالنسختين المصححتين على النسخة الاصلية المصححة .

بقلم المصنف طاب ثراه ونورالله ضريحه .

احديها التى تفضل بها علينا حضرة الاستاد العلامة الميرزا جعفر السبحانى دام عزه فله الشكر والثناء وهذه النسخة النفيسة مصححة بقلم المرحوم آية الله الخميسى طاب ثراه ونرجوا من الله التوفيق على طبع بقية الاجزاء وله الشكر والمنة و الحمدلله رب العالمين

على الاخوندى